

Diana María Ramírez Carvajal

La prueba de oficio

**Una perspectiva para el
proceso dialógico civil**

Universidad Externado de Colombia

A mi esposo, Carlos Enrique, por su apoyo permanente y por su disposición intelectual. A mis maravillosos hijos: César Augusto, Vanessa e Isabel, quienes vivieron con sacrificio y responsabilidad este periodo de mi vida. Cada uno de ellos, desde el lugar que ocupa, en el hogar que juntos hemos construido, se convirtió en elemento fundamental para alcanzar esta meta.

CONTENIDO

Prólogo	15
Introducción	21
Capítulo primero	
En torno a los poderes de instrucción del juez	25
Sumario	25
Introducción e hipótesis de trabajo	25
I. Sobre la función y finalidad del proceso civil	27
A. El proceso civil y las familias jurídicas	29
B. El proceso civil: un proceso para resolver conflictos de intereses	43
C. El proceso civil: un proceso para elaborar una justicia procesal y realizar una justicia material	56
1. Sobre las ideas de justicia	57
2. Apuntes sobre el derecho procesal y la prevalencia del derecho sustancial	70
3. Tensiones ideológicas	74
4. Nuevos roles del proceso	77
D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la función y finalidad del proceso civil en Colombia	79
E. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la función y finalidad del proceso civil en Colombia	85
II. Implicaciones de los principios de independencia y de imparcialidad del juez en los poderes de oficio respecto de la prueba	91
A. El principio de independencia	95
1. La perspectiva subjetiva del principio de independencia, esto es, el juez como titular de la función jurisdiccional	96
2. La perspectiva objetiva del principio de independencia, que se relaciona con la potestad iudicante	98
B. El principio de imparcialidad y su relación con el principio de legalidad	102
1. La dimensión material del principio de legalidad	104
2. La dimensión formal del principio de legalidad	119
C. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los principios de independencia e imparcialidad del juez	128
D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los principios de independencia e imparcialidad del juez	132
III. La decisión judicial imparcial	137
A. La función jurisdiccional	137
B. La decisión del juez, con un sentido de justicia	142
C. El principio de publicidad y la decisión judicial imparcial	146
IV. La regla <i>iura novit curia</i> en el derecho contemporáneo	153
A. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la regla <i>iura novit curia</i>	159
B. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema	

de Justicia sobre la regla del <i>iura novit curia</i>	172
V. Los poderes de instrucción del juez	179
A. Los poderes del juez con respecto al medio de prueba: declaración de parte	185
B. Los poderes del juez en las reglas del juramento	188
C. Los poderes del juez en la declaración de terceros	189
D. Los poderes del juez en la prueba pericial	193
E. Los poderes del juez en la prueba de inspección judicial	198
F. Los poderes del juez en la prueba de indicios	201
G. Los poderes del juez en la prueba de documentos	202
H. Las responsabilidades del juez en relación con los poderes de instrucción	204
I. Límites a los poderes de instrucción del juez	215
J. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el ordenamiento jurídico colombiano	217
K. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con los poderes de instrucción del juez, en el ordenamiento civil colombiano	227

Capítulo segundo

Las facultades dispositivas de las partes, en relación con la prueba	235
Sumario	235
Introducción e hipótesis	235
I. Los derechos constitucionales que se derivan del debido proceso probatorio	236
A. El derecho de defensa	238
B. El derecho de contradicción	240
C. El derecho a obtener la nulidad absoluta por violación del debido proceso	241
D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el debido proceso probatorio	244
E. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el debido proceso probatorio	249
II. El principio dispositivo y la dispositividad de la prueba	251
A. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el principio dispositivo	259
B. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el principio dispositivo	263
III. El principio probatorio de autorresponsabilidad y la teoría de la confirmación en el proceso civil	267
A. La confirmación procesal y la pretensión jurídica	268
B. La confirmación procesal y las reglas de la carga de la prueba	276
1. La dimensión formal de la carga estática de la prueba	285
2. La dimensión material de la carga estática de la prueba	286
3. La llamada “carga dinámica de la prueba”	296
C. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación	

con la carga de la prueba	304
D. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la carga de la prueba	311
IV. Las posibilidades de influir en el desarrollo y el éxito del proceso versus el deber de colaboración activa de las partes	317
A. Análisis de la jurisprudencia que permite inferir el derecho democrático a influir en el desarrollo y éxito del proceso	323
B. El deber de colaboración activa de las partes	328
C. Sobre las responsabilidades de las partes en relación con la prueba	332
D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los deberes y responsabilidades de las partes en relación con las pruebas	338
E. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los deberes y responsabilidades de las partes en relación con las pruebas	342
Conclusiones y recomendaciones	
Sobre la función del proceso civil colombiano	347
Sobre los principios que informan los poderes de instrucción	351
Sobre los límites y las responsabilidades que se desprenden para el juez de los poderes de instrucción	356
Sobre las facultades dispositivas que tienen las partes respecto de la prueba	358
Sobre las corresponsabilidades de las partes en cuanto a los derechos que tienen en relación con la prueba	362
Recomendación	366
Bibliografía	369
Providencias de la Corte Constitucional	377
Providencias de la Corte Suprema de Justicia	384
Providencias del Consejo de Estado	389
Instrumentos normativos	391
Bases de datos y páginas de Internet	391

AGRADECIMIENTOS

Son innumerables las personas y las instituciones que merecen agradecimientos y reconocimientos cuando se realiza un trabajo tan dispendioso como una investigación científica.

Es sin duda prioritario agradecer a mi maestro el profesor MICHELE TARUFFO por su paciencia, por su acompañamiento y por la forma en que me acogió un año en Italia, en la Universidad de Pavía, donde me brindó todos los medios necesarios para que me preparara a profundidad. Pero sobre todo le agradezco y le reconozco la claridad, la apertura mental y la profundidad en el conocimiento que siempre está dispuesto a entregar sin egoísmos.

También en primera línea extendiendo mis agradecimientos a la Universidad de Medellín –mi segunda casa– y por supuesto a las directivas, que me apoyaron decididamente: el doctor NÉSTOR HINCAPIÉ VARGAS como rector, la doctora ALBA LUZ MUÑOZ RESTREPO, en la vicerrectoría académica, la doctora LUZ DORIS BOLÍVAR YEPES, en la vicerrectoría de investigaciones, y el doctor JUAN CARLOS VÁSQUEZ RIVERA, en la decanatura de la Facultad de Derecho. Sin el apoyo institucional de mi universidad difícilmente hubiera culminado este doctorado en derecho.

Por supuesto, es un imperativo nombrar a los amigos que nos ayudan desinteresadamente a crecer y a mejorar nuestras ideas. En este caso, se convirtió en fuente permanente de claridad mi amiga y maestra BEATRIZ QUINTERO DE PRIETO con sus consejos y correcciones; y fue un motor de impulso mi querido amigo CARLOS BERNAL PULIDO, quien siempre me prodigó, además de conocimiento, ánimo y trazos firmes.

De igual manera, debo reconocer que en este proceso fueron determinantes mis estudiantes. Todos y cada uno de ellos –los de pregrado, maestría o especialización– porque cada momento de las clases que compartimos, donde se generaron discusiones sobre temas y problemas, me sirvió como oportunidad de crecimiento, lo cual, a la postre, se convirtió en buenos cimientos para el feliz término de este trabajo.

PRÓLOGO

Los poderes de instrucción del juez son tema clásico en todos los ordenamientos procesales, al menos a partir de las codificaciones del siglo XIX. En efecto, tales poderes han representado un aspecto fundamental de las tradicionales discusiones sobre la naturaleza y sobre el contenido del principio dispositivo en el proceso civil, y también sobre el modelo acusatorio en el proceso penal.

En los últimos tiempos, sin embargo, se han verificado algunas circunstancias que han llevado el problema al centro de atención de los estudiosos, de la jurisprudencia y de los legisladores procesales.

El factor más importante, por cuanto tiene que ver con el proceso civil, está centrado en la evolución que caracteriza al rol del juez. Iniciada ya hacia finales de 1800 (con el código procesal austriaco), esta evolución ha conocido una fuerte aceleración en la segunda posguerra y sobre todo en las reformas procesales introducidas en los años setenta en varios ordenamientos europeos. Los ejemplos son muchos, pero es suficiente recordar la ley italiana sobre el proceso laboral, de 1973, y el artículo 10.º del código procesal francés (introducido en 1976), que atribuye al juez el poder general de disponer de oficio todos los medios de prueba que considere útiles para la búsqueda de la verdad. No todos los sistemas llegan al final a este punto de permisibilidad, algunos conservan limitaciones a los poderes de instrucción del juez (como sucede en el proceso ordinario en Italia y en Alemania), pero se manifiesta de modo evidente una tendencia difusa a atribuir al juez un rol marcadamente activo en la adquisición de las pruebas.

Esta tendencia, que emerge por supuesto también en los Estados Unidos –patria del sistema adversarial– con la Federal Rules of Evidence de 1975, se explica pensando en dos razones particularmente relevantes:

La primera de estas razones es la concepción –que avanza también en el ámbito de la interpretación de las garantías fundamentales de la administración de justicia– de la necesidad de la tutela efectiva de los derechos, que no se consigue dejando los conflictos al libre enfrentamiento de los individuos privados y al juego de sus relaciones de fuerza: ocurre que el juez es el garante de la corrección en el “justo” proceso y de la justicia de la solución de las controversias. Para este objetivo se establece un juez activo, dotado de todos los poderes necesarios para enderezar el proceso hacia una decisión justa.

La segunda razón, que en realidad se desprende de la primera, es el convencimiento –que parece siempre más difuso– de que la justicia de la decisión presupone una condición necesaria, representada en la confirmación verdadera de los hechos que han dado origen a la controversia.

Cuando se afirma que el proceso debe ser orientado hacia la búsqueda de la verdad, no se puede hacer menos que reconocer que la actividad probatoria de las partes puede no ser suficiente –y de hecho en muchos casos no lo es– para alcanzar la verdad de los hechos. Las partes, en efecto, no están interesadas en descubrir la verdad, y a menudo en cambio sí están interesadas en manipularla o en esconderla. Por ello, la vieja ilusión por la cual bastaría dejar a las partes libres en su enfrentamiento para que de allí emergiera la verdad se ha revelado hace tiempo como muy alejada de la realidad. La consecuencia es que, debiéndose asegurar a las partes la actuación de todas las garantías relativas al derecho a la prueba y al contradictorio, resulta necesario el recurso de los poderes del juez, todas las veces que haya necesidad de aducir en el proceso pruebas relevantes –y además decisivas– y que por cualquier razón las partes no han introducido en el juicio.

Se trata, evidentemente, de un rol que el juez desempeña solo eventualmente y en vía de integración, y está claro que si las partes deducen todas las pruebas disponibles, el juez no puede y no debe realizar alguna iniciativa de instrucción autónoma. Es, pues, un rol importantísimo, decisivo para la justicia de la solución final de la controversia, todas las veces en que la actividad probatoria de las partes no sea adecuada para el acercamiento de la verdad.

Se presenta como actual la discusión de estos temas, inclusive por una circunstancia de relevancia menor, pero que todavía amerita ser recordada en las crónicas recientes de la doctrina

procesalista. Se trata de la polémica expuesta en los últimos años en la obra de algunos autores italianos (CIPRIANI y otros), españoles (MONTERO AROCA) y latinoamericanos (ALVARADO VELLOSO y otros), según los cuales un ordenamiento que atribuye al juez poderes de iniciativa para instruir el proceso sería, por esta sola razón, un ordenamiento autoritario. Esta tesis es histórica y políticamente infundada, y se caracteriza por algunos equívocos sistemáticos como aquel (que puede estar bastante difundido) según el cual el juez que ejercita poderes de instrucción perdería la propia imparcialidad.

En realidad esta tesis no hace otra cosa que recobrar una ideología del proceso civil que se había inspirado en las codificaciones procesales del siglo XIX, pero que no encuentra ahora espacio alguno en los ordenamientos procesales modernos, ni siquiera en aquellos países que tradicionalmente se han inspirado en una ideología adversarial del proceso civil. Basta revisar la reforma inglesa de 1998 para constatar cómo esta ideología ha sido completamente abandonada. Se trata, en efecto, de una ideología superada por la historia, pero que periódicamente renace y que, por estar privada de fundamento, sirve nada más que para tener vivo el debate sobre el tema de los poderes de instrucción del juez.

* * *

Estas observaciones, sintéticas, deberán servir también para dar el sentido del acto de coraje y de empeño realizado por DIANA MARÍA RAMÍREZ al emprender y llevar a término la tesis de doctorado, que, siendo justamente evaluada como meritoria de publicación, ha dado origen a este texto. Acto de coraje porque el tema no es solo importantísimo sino que además es extremadamente complejo y presenta numerosas dimensiones e implicaciones. Acto de empeño porque un adecuado tratamiento de este tema requiere un estudio largo y fatigoso, en el cual convergen varias prospectivas y diversas disciplinas, desde el derecho constitucional hasta la teoría general del derecho.

El libro que aquí se presenta tiene en cuenta todas estas dificultades y las resuelve en modo brillante y completo. El texto aborda sobre todo los múltiples aspectos del rol del juez y de sus poderes de iniciativa de instrucción, movilizado desde profundas nociones de teoría general del proceso por discutir y también desde las garantías fundamentales que resguardan la independencia y la imparcialidad del juez.

Un aspecto de importancia central se encuentra tratado en el tema de la justicia de la decisión. Se procede después a un análisis de los poderes de instrucción del juez, para afrontar sucesivamente el problema importantísimo de las relaciones entre los poderes del juez y los derechos y poderes de las partes referidos a la disposición de las pruebas, a la actuación de las garantías procesales en relación con la prueba y a la compleja problemática que contiene la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba. Ya estas sumarias indicaciones pueden dar cuenta de la variedad y de la complejidad de los temas que el libro afronta. Pero dos cosas más se pueden señalar: la primera consiste en la amplitud de la documentación y del análisis que están en la base de las varias argumentaciones; la segunda es la constante y profunda referencia a la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, que ha afrontado en Colombia los problemas relativos al rol del juez.

Desde este libro el lector colombiano puede aprender muchísimo entorno de diversos aspectos fundamentales de su sistema procesal; el lector extranjero puede recabar preciosas informaciones sobre el sistema colombiano, pero también encuentra unos argumentos interesantes y estimulantes sobre temas y problemas que asumen gran relevancia en todos los sistemas procesales.

MICHELE TARUFFO

INTRODUCCIÓN

La evolución permanente de las relaciones sociales requiere del derecho respuestas adecuadas, y es tarea de la academia el examen consecuente de las instituciones en cumplimiento de su finalidad de servicio a la sociedad y al Estado. Ese estudio permanente se cumple tanto respecto del derecho sustancial como en relación con el derecho procesal.

El trabajo de la academia debe revestirse de rigor investigativo¹. Gran importancia tiene el conocimiento exhaustivo de la norma sustancial, pero no es menor la trascendencia que corresponde al derecho que regula los principios y garantías en el proceso, en cuyo contexto se inscribe el régimen de la prueba, su columna vertebral: qué honda sabiduría reviste el aforismo popular según el cual “tener el derecho es probarlo”.

En cumplimiento del propósito central de este trabajo, se realizará un examen de las normas principio y de las normas regla, relevando la preeminencia de la norma constitucional. Un enfoque político del problema buscará el significado del mismo a la luz del Estado social de derecho, derivando las implicaciones que esta forma conlleva con respecto al tópico específico de la prueba en el proceso civil.

Este trabajo tiene un objetivo ambicioso: presentar una fórmula constitucional y legalmente válida para la redistribución de la actividad instructora del proceso entre el deber-poder del juez y el régimen dispositivo de la prueba que se confía a las partes.

Este objetivo se aborda mediante una investigación analítico-jurídica, porque tiene por objeto un fenómeno jurídico complejo y sus finalidades sociales. En ella se considera el proceso como un producto de las necesidades concretas para la solución de los conflictos en una comunidad determinada, y dentro del proceso el debate probatorio se somete a un análisis crítico, específicamente en lo tocante a la interacción que tienen juez y partes en la recolección, aducción y valoración de la prueba.

A continuación se expone la metodología implementada para efectos del desarrollo de la investigación, cuyos resultados constituyen el objeto de la presente tesis. Con base en la adopción de la metodología cualitativa, como corresponde en un trabajo teórico descriptivo y analítico, se procedió a realizar un estudio documental en el periodo comprendido entre los años 1950 (después de la Segunda Guerra Mundial, cuando surgen en el mundo occidental las constituciones contemporáneas) y 2006.

En primera instancia se hizo una exploración en el ámbito normativo constitucional y legal, respecto de los poderes de instrucción del juez y las facultades de disposición de las partes sobre la prueba, verificando especialmente las responsabilidades asignadas en el debate probatorio.

Esta primera revisión se complementó con los estudios de autores que constituyen la doctrina desde las diferentes escuelas de pensamiento, sobre el tema, en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicha revisión se extiende y enfatiza de manera particular en los estudios doctrinales elaborados en ordenamientos que han influido directamente en la construcción del Código de

¹ El rigor de la investigación pertenece a las disciplinas que tienen la pretensión de generar un “Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados de los que se deducen principios y leyes generales”: *Diccionario de la lengua española*, Espasa, 2001. También es importante en este sentido la reflexión de ALBA MUÑOZ. “Investigación jurídica y sus retos en el siglo XXI”, en *Revista Temas Procesales*, Medellín, Leyer, 2004, p. 139: “El hombre del siglo XXI está enfrentado a grandes retos que la sociedad del mundo actual le demanda, en donde cada vez cobra gran importancia la producción del conocimiento, y por ello es necesario seguir reconociendo que una de las principales herramientas para hacer frente a estos retos es la investigación científica, sus paradigmas y diferentes métodos empleados para estudiar un objeto que se deja conocer. Obviamente de esta realidad no escapamos en el área del derecho, en donde la normatividad tiene su razón de ser, en la regulación de las conductas de los miembros de las sociedades, reconociendo además el carácter científico de las ciencias sociales dentro de las que incluimos el derecho. Así pues entendemos que la investigación jurídica no solo se dedica a la comprensión de algunos aspectos de la sociedad, sino a apoyar la transformación de estos, en un medio que cada vez nos exige la aplicación de paradigmas que sean capaces de dar respuesta a la complejidad de nuestra realidad”.

Procedimiento Civil colombiano, como son Italia y España, que por tradición han ejercido una fuerte influencia en la construcción del derecho en Colombia.

España, especialmente, en el área constitucional (a partir de 1991), e Italia, en civil (con el derecho romano) y en procesal civil con la escuela de la sistemática procesal (difundida en el país especialmente a partir de las obras de CARNELUTTI y de CHIOVENDA). Por lo que ahora se impone la contextualización y la “actualización” constitucional del derecho procesal colombiano.

Para complementar el estudio analítico documental se adelantó un estudio hermenéutico respecto de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, mediante la investigación descriptiva-analítica. Específicamente se abordaron las jurisprudencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, entre los años 1991 y 2006. Para tal efecto se aplicó un instrumento de recolección de información que permitiera precisar las interpretaciones construidas por dichas altas cortes en lo tocante a los principios que constituyen los poderes de instrucción del juez y las facultades de dispositividad de las partes sobre la prueba, en el proceso civil.

Partiendo así de análisis concretos, el informe final de la investigación se presenta en dos estructuras que se denominan “En torno a los poderes de instrucción del juez” y “Las facultades dispositivas de las partes, en relación con la prueba”.

La primera estructura se elabora a partir de componentes lógico-deductivos, para contextualizar los poderes de instrucción del juez. En este sentido se abordan los siguientes temas: 1. la función y finalidad del proceso civil, precisando que el proceso colombiano forma parte de la familia del *civil law*; 2. las implicaciones de los principios de independencia e imparcialidad en los poderes de instrucción y su resignificación en un Estado social de derecho; 3. la decisión judicial imparcial, en relación con la función pública jurisdiccional y la reelaboración del principio de publicidad; 4. el principio *iura novit curia* y su resignificación en el derecho contemporáneo y 5. los poderes de oficio del juez en materia probatoria, lo cual permite concretar a la vez las responsabilidades que le corresponden en su función jurisdiccional y los límites de los poderes de instrucción, que favorecen a las partes.

La segunda estructura aborda las facultades dispositivas de las partes en relación con la prueba. Este tema se desarrolla en cuatro perspectivas: 1. los derechos constitucionales que se derivan del debido proceso probatorio, explicitando el alcance de los derechos de defensa, contradicción y nulidad constitucional de la prueba; 2. el principio dispositivo en relación con la prueba, en una reelaboración contemporánea del sistema dispositivo tradicional; 3. el principio probatorio de autorresponsabilidad y la teoría de la confirmación, que establece la relación entre la carga de la prueba y la confirmación de los hechos, y 4. las posibilidades de influir en el desarrollo y éxito del proceso *versus* el deber de colaboración activa de las partes con la función jurisdiccional.

CAPÍTULO PRIMERO

EN TORNO A LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

SUMARIO

Introducción e hipótesis de trabajo. I. Sobre la función y finalidad del proceso civil. II. Implicaciones de los principios de independencia y de imparcialidad del juez, en los poderes de oficio, respecto de la prueba. III. La decisión judicial imparcial. IV. La regla *iura novit curia* en el derecho contemporáneo. V. Los poderes de instrucción del juez

INTRODUCCIÓN E HIPÓTESIS DE TRABAJO

Los poderes de instrucción del juez respecto de la prueba están directamente relacionados con la finalidad del proceso civil y con los principios de imparcialidad y de independencia que informan su función. La ley determina los poderes ordinarios y excepcionales de la actividad oficiosa, para complementar las facultades dispositivas de las partes.

Los poderes de instrucción corresponden a la idea de función jurisdiccional en el Estado social de derecho, lo cual implica que se desarrollan como actividad obligatoria del juez, quien está sujeto a sanciones disciplinarias por el incumplimiento de estos deberes.

Estas intervenciones del juez encuentran en la práctica fuertes críticas, por lo menos en dos sentidos:

El primero considera que se compromete abiertamente el principio de imparcialidad en cuanto atañe a la exigencia de separación psíquica y física del juez con respecto al litigio. Se sostiene, por ejemplo, que el contacto puede inclinar al juez a sobrevalorar el resultado de su actividad probatoria en desmedro de la realizada por las partes, desatendiendo la prueba legal y oportunamente allegada al proceso.

El segundo entiende que los poderes de instrucción implican un juicio de valor, que significa prejuzgamiento, lo que suprime el debate *inter partes* para desatar uno entre una parte y el juez, favoreciendo en mayor o menor medida a la otra.

Este debate lleva a las siguientes preguntas: ¿La función del juez debe ser más activa probatoriamente porque el proceso civil tiene un fin más público que privado?; ¿El juez debe intervenir con sus poderes oficiosos para lograr el equilibrio material de las partes en el proceso?; ¿El juez debe estar aislado del debate de la causa civil para asegurar una decisión imparcial? Encontrar unas posibles respuestas es el objetivo de esta primera parte del marco teórico, tras la convalidación de la siguiente hipótesis:

Los poderes del juez sobre la prueba en el proceso civil contemporáneo se circunscriben directamente a la estructura del Estado social de derecho, lo que permite la rotación del paradigma² según el cual la función judicial debía permanecer totalmente aislada del conflicto *inter*

² Se hace alusión a paradigma en el sentido expuesto por TOMAS KUHN, citado por JAVIER ECHEVERRÍA. *Introducción a la metodología de la ciencia*, Barcelona, Barcanova, 1989, pp. 103-119.

partes. El nuevo paradigma que surge otorga una dinámica de mayor paridad a los sujetos pretensionales –juez y partes– en la relación jurídica procesal, lo que implícitamente lleva a la resignificación de algunos principios e instituciones procesales.

I. SOBRE LA FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL PROCESO CIVIL

El régimen de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil contemporáneo se relaciona con la dimensión que se le asigne a la función que debe cumplir el proceso civil, según sea una función de carácter social o solamente privada³.

Si se entiende que los fines del proceso civil son meramente privados, las variables que lo componen se orientan prioritariamente hacia la solución de un conflicto intersubjetivo y hacia un régimen de cabal autonomía de las partes. Si, por el contrario, se concibe el modelo actual de proceso referido a una función social, las variables estructurales cambian y se insertan en la función misma del Estado.

Comoquiera que sea, la función judicial se amplía y se dinamiza, al paso que se corren los linderos que demarcan la actividad probatoria de las partes de la atribuida al juez. Esta es la dimensión que identifica la hipótesis en la “cultura procesal”⁴.

El presente análisis se inicia con la idea de que el derecho no es una disciplina aislada de las otras ciencias y disciplinas que conforman el entramado social, y por el contrario, encuentra su razón de ser en el contexto de la sociedad a la que sirve: su objeto gira en torno al tipo de Estado y a la distribución del poder que lo caracteriza, y su desarrollo depende en gran medida de los valores sociales. Es decir, el derecho está estrechamente vinculado con el ideal de justicia que adopta una sociedad⁵ y con los mecanismos que ésta utiliza para realizarla.

Desde la perspectiva de la ideología privatista, la libertad contractual supone sujetos iguales, capaces de hacer valer sus acuerdos en las relaciones que instauran. Si se estudia la ideología publicista, el pacto social también se fundamenta en sujetos considerados libres e iguales. Con ello, en ambos extremos los condicionamientos sociales y económicos quedan ignorados. Así, serán la estructura del proceso civil y la distribución de poderes entre jueces y partes los elementos que materializan, en mayor o menor medida, los ideales de justicia de una comunidad en convivencia⁶.

³ MICHELE TARUFFO. *Sobre las fronteras*, Bogotá, Temis, 2006, p. 53: “En el ámbito del proceso civil, el modo en el cual se concibe la función y la estructura del modelo procesal (por ejemplo con referencia a la distribución de los poderes entre el juez y las partes) varía profundamente según como se defina la función del proceso en términos de aplicación del derecho sustancial en el caso concreto o en términos de pura y simple resolución de las controversias privadas entre sujetos privados”.

⁴ *Ibíd.*, p. 54: “Lo que interesa subrayar es en todo caso la situación de gran dificultad en la cual se encuentra en este momento la cultura jurídica en general, y en particular la cultura procesal”.

⁵ *Ibíd.*, p. 53: “Por ejemplo, algunos discuten sobre si la ‘justicia del Estado’ debe ser siempre privilegiada con respeto a las distintas formas de ‘justicia privada’, y se habla de ‘privatización de la justicia’ como de un remedio milagroso para las disfunciones de la justicia civil. En esencia, se pone en duda si el proceso debe todavía concebirse como un instrumento de justicia social y de tutela”.

⁶ Al respecto: NICOLÓ TROCKER. *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 6-7: “Sul piano del diritto sostanziale, la libertà contrattuale presuppone soggetti giuridici eguali, che in libero accordo regolano i loro rapporti privati. Nell’ambito dell diritto pubblico l’idea del (patto sociale) si basa a sua volta su omini liberi ed uguali. Nel campo processuale, é il principio dispositivo che si preoccupa di portare questa concezione ad una coerente attuazione [...] I condizionamenti sociali ed economici restano semplicemente ignorati. La possibilità giuridica viene equiparata alla possibilità di fatto [...] La scelta tra un giudice sostanzialmente passivo e vincolato alle iniziative delle parti e dei loro difensori, e un giudice attivo e dinamico munito di ampi poteri di direzione formale e materiale del processo, appare come un’alternativa tra libertà e costrizione, tra certezza ed arbitrio”. TARUFFO, *cit.*, p. 60: “Naturalmente cuando más un modelo se aproxima a la realidad que quiere representar, tanto mayores serán su capacidad heurística y su utilidad como instrumento de análisis. Así se podrá hablar de modelos ‘buenos’ o ‘malos’, dotados de mayor o menor capacidad representativa según su “cercanía” con lo que tipifica”.

Por ello, abordar la función y finalidad del proceso civil implica necesariamente presentar el contexto histórico, político y social en el que se desenvuelve el derecho, para evitar, como lo dice TARUFFO⁷ en su prólogo al texto de DAMASKA, caer en el error de juristas y sociólogos que parten de concepciones genéricas sobre un ordenamiento jurídico y luego, no se sabe cómo, misteriosamente tienden a ocuparse de las instituciones jurídicas de otro.

A. El proceso civil y las familias jurídicas

El proceso de la Roma clásica⁸ se conoció como el *ordo iudiciarum privatorum*: orden de los jueces privados. Los conflictos se solucionaban por personas privadas, ciudadanos romanos que eran designados árbitros para cada conflicto que se proponía. Era un proceso oral, público, contradictorio y con casi total dispositividad de las partes. No había proceso ejecutivo. El cumplimiento de las sentencias que eran emitidas por el jurado se aseguraba mediante cauciones y cautelas. El juez era un simple coordinador del debate que se desenvolvía entre las partes y ante los árbitros.

En la Roma decadente surge el proceso oficial, el de la *extraordinaria cognitio*. En éste los jueces son ya funcionarios del Estado, que reciben de éste un estipendio y permanecen en oficinas públicas. Asumen un papel activo en el proceso. El sistema procesal civil deja de ser puramente dispositivo y se torna inquisitivo.

El proceso civil evolucionó a partir del derecho romano en dos familias jurídicas diferentes: el *civil law* y el *common law*. En el derecho comparado se habla de las “familias” como de grupos de naciones que han adoptado modelos característicos de proceso y sistemas peculiares de derecho, en general.

Se distingue la familia del *civil law* y la del *common law*. A cada una de ellas se le había atribuido un modelo específico de proceso; hoy puede comprobarse que las diferencias que las caracterizaban como irreductibles se han modificado, lo que ha configurado modelos de procesos mixtos.

El *common law* se expandió desde Inglaterra a Estados Unidos, Holanda y Australia, entre otros. Su modelo de proceso se aproxima más al de la Roma clásica. El *civil law* se desarrolló y afirmó en Alemania, Italia, Francia, Portugal y España, y desde allí llegó el modelo de proceso a América Latina y a Colombia. Su modelo se asemeja en mayor medida al de la Roma decadente.

Una versión tradicional del proceso en la familia del *civil law* da cuenta de un sistema jurídico que se interesa por aplicar la ley codificada por excelencia, permitiendo la prevalencia de la norma emitida por el poder legislativo. El juez realiza su función en estricta observancia de la ley, aplicando los principios de legalidad y dispositividad. Este proceso se ciñe a la aplicación rigurosa del precepto romano *iura novit curia*⁹ (“dadme los hechos, que yo te daré el derecho”) porque se entiende que el juez no sólo conoce y entiende, sino que además de ello tiene la potestad de interpretar y de aplicar el derecho.

De esta manera se acoge un sistema de procesamiento escrito, impulsado desde sus orígenes

⁷ MIRJAN DAMASKA. *I volti della giustizia e del potere* (prólogo de MICHELE TARUFFO), Bolonia, Il Mulino, 2005, p. 16: “La trappola in cui cadono molti sociologi (ed anche molti teorici) del diritto, consistente nel partire da concezioni rozze o generiche dell’ordinamento giuridico, degli ordinamenti o del ‘pezzo’ di orientamento in cui si colloca il problema che viene studiato [...] Accade talvolta che questi sociologi guardino fuori dal sistema di provenienza, ma allora –per qualche ragione molto misteriosa– tendono ad occuparsi delle istituzioni giuridiche delle tribu polinesiane più che di quelle francesi, russe o spagnole”.

⁸ Se hace aquí alusión a la época que se denomina antigüedad, que se inicia con la aparición de la conciencia del hombre y su construcción cultural y termina con la caída del imperio romano alrededor del siglo III d. C.

⁹ *Iura novit curia*: los jueces son los que conocen el derecho.

por las partes quienes además tienen todo el control sobre la pretensión jurídica y su procesamiento. Los jueces adoptan simultáneamente con el principio de independencia una estructura piramidal que permite la revisión permanente de las actuaciones del proceso y de la decisión por el superior, lo cual, según DAMASKA, imprime siempre a la primera instancia “un tono de provisionalidad”¹⁰.

El proceso civil en la estructura “tradicional” que plantea el sistema del *common law* se desarrolla de una manera muy diferente de aquella del *civil law*. Las partes en el preliminar recogen y conservan el material probatorio, y abogados privados son candidatos naturales para la custodia de la actividad procesal: “por ello pueden ser nombrados ad-hoc para ejercer múltiples funciones de las que realizan los funcionarios públicos [...] por ejemplo preparación de autos o de sentencias para revisión del juez”¹¹. Las partes presentan posteriormente la prueba en sentido estricto ante el juez, en un sistema que se sostiene es fundamentalmente oral.

El procedimiento se concentra en el juez de instancia, quien aplica la jurisprudencia con una amplitud excepcional respecto de la ley; se da así paso a la aplicación de la justicia sustancial “entendida como la justicia del caso por caso”¹². La decisión es un acto de absoluta discrecionalidad y libertad; los jueces, en este sistema, “pueden asimilarse a monarcas constitucionales o a tiranos iluminados”¹³.

Se adopta un sistema donde se tienen excepcionalmente oportunidades de que el proceso llegue a revisión ante las altas cortes, ya que, como bien lo explica DAMASKA¹⁴, el juez que decide un caso, al reexaminar su decisión puede cambiar de parecer, bien por su propio reexamen o porque otorgue una nueva audiencia: esto se denomina “control judicial horizontal”, un control cualitativo bastante estricto, que admite revisiones del fallador cuando el mismo encuentra error grave. De esta manera, el objetivo y efecto que se busca en los mecanismos de apelación es la reconstrucción del caso, no se pretende establecer la corrección de la decisión de otro juez.

Son, pues, aparentemente claras y contundentes las diferencias estructurales que se gestan en los procesos civiles “tradicionales” derivados de las familias jurídicas del *civil law* y del *common law*. No obstante, estudios comparados sobre ambos sistemas indican que son infundados estos parámetros de comparación.

TARUFFO da cuenta de la diversidad de características adoptadas en los procesos civiles derivados de la familia del *civil law*, resume al menos tres tipos diversos: el francés, el austro-alemán y el español¹⁵. DAMASKA, por su parte, sostiene que los “esquemas ampliamente usados por

¹⁰ DAMASKA. Ob. cit., p. 101: “La grande importanza attribuita al ‘controllo della qualità’ da parte dei superiori in un’organizzazione gerarchica toglie inevitabilmente importanza alla prima attività di decisione: questa acquista un tono di provvisorietà”.

¹¹ Ibid., p. 122.

¹² La cual se adopta en la escuela del realismo jurídico que considera entre otros aspectos, “los siguientes: la separación, a efectos de análisis, entre derecho y moral (entre el ser y el deber ser del derecho); la consideración primordial del derecho como un instrumento para la consecución de fines sociales; la necesidad de trasladar el foco de atención a los efectos reales que produce el derecho sobre la sociedad; la consecuente apertura de los estudios jurídicos, a los estudios sociales empíricos; o la desconfianza en la capacidad de las reglas para determinar por sí solas los resultados de los procesos jurídicos”: CÉSAR ARJONA. *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Madrid, Iustel, 2006, p. 17.

¹³ DAMASKA. Ob. cit., p. 125.

¹⁴ Ibid., p. 115.

¹⁵ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 71: “En el transcurso del siglo XIX parece verificarse una convergencia debida a la imitación, que se difunde en Europa, del modelo constituido por el *Code de Procédure Civile* napoleónico, pero esta convergencia disminuye hacia el fin del siglo principalmente a causa de la ruptura determinada por la *civil Prozessordnung* austríaca, que se coloca como nuevo y distinto objeto de inspiración y de imitación para gran parte de la doctrina [...] Si se mira luego el siglo XX [...] se reconocen por lo menos tres modelos principales: el francés, que continúa siendo seguido en algunos países como Bélgica e Italia; el austro-alemán que se sigue también en los países escandinavos y en los de Europa oriental, y también en Japón; y el español, que es seguido en muchos países de América Latina”.

los comparatistas: desde la división en familias aparecen superficiales”¹⁶, ya que no cabe entender el término “inquisitorio”¹⁷ en una sola línea de acción, puesto que puede adoptar diversas manifestaciones.

En este mismo orden de ideas, no hay una representación contemporánea de un proceso oral para el *common law* y de un proceso eminentemente escrito para el *civil law*¹⁸. Tampoco es clara una función pasiva del juez en el *common law* frente a una plena actividad del juez en el *civil law*¹⁹; por ejemplo, ahora en Estados Unidos “le corresponde al juez ya no un papel de árbitro pasivo que se limita a ‘pitar las faltas’ cometidas por las partes, sino un papel de organización y administración activa, y no solo de control, del desarrollo del proceso”²⁰. Mucho menos es evidente una aplicación del derecho contraria a la ley en el *common law*²¹, y que haya un total apego a la ley formal codificada con una correlativa inaplicación sistemática de la jurisprudencia en el *civil law*.

Las variables tradicionalmente enfrentadas en los sistemas procesales de las dos familias jurídicas son paradigmas que han cambiado en beneficio del desarrollo de la sociedad. En el derecho contemporáneo²², las familias encuentran puntos de convergencia en la difícil tarea de mantener una adecuada solución del conflicto en la sociedad moderna.

Una influencia importante en este acercamiento se relaciona con la evolución del Estado al que corresponde cada ordenamiento jurídico, porque la respuesta del derecho siempre está íntimamente ligada con la fórmula política que adopta la sociedad. En este sentido resulta

¹⁶ DAMASKA. Ob. cit., pp. 11 y ss.

¹⁷ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 64: “Si ‘inquisitorio’ significa [...] que las partes no se pueden defender, entonces no existen en *civil law* procesos que puedan definirse propiamente como *inquisitorial*. Si, en cambio, con éste término se quiere aludir a modelos de proceso en el cual el juez desempeña un papel activo en la dirección y gestión del procedimiento y tiene poderes autónomos de iniciativa instructoria, entonces dicha contraposición cambia de sentido, pero igualmente sigue siendo en gran medida infundada”.

¹⁸ Ibíd., pp. 61-62: “Proceso oral y proceso escrito no ha representado nunca, y no representa hoy, la distinción entre proceso de *common law* y proceso de *civil law*. Por un lado, en efecto, es fácil observar que: a) el proceso de *common law* incluye numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos que aquellos con los cuales se desarrolla un proceso de *civil law*) [...] y b) qué el proceso de *equity*, que durante siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el propósito *at law*, en la cual sin embargo se han conservado numerosos aspectos del proceso *in equity*, era un proceso escrito. El empleo de pruebas escritas, después de todo, no es menos frecuente en el *common law* que en el *civil law*, a pesar de profundas diferencias que conciernen a otros aspectos del derecho de las pruebas”.

¹⁹ DIEGO LÓPEZ. *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2004, p. 34: “El derecho procesal continental parece en todo caso seguir un principio inquisitivo ya que los jueces, en todo caso, tienen altísimos poderes de control del caso desde el mismo momento de interposición de la demanda [...] inspirados por la aparente tendencia activista del juez europeo. Paradójicamente, de otro lado, los juristas continentales también se quejaban de la excesiva tendencia privada y dispositiva de sus propios procesos”.

²⁰ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 67: “En las nuevas *Rules* inglesas, hay significativos poderes instructorios que ya se habían previsto en las *Federal Rules of Evidence* estadinenses introducidas en 1975 y enmendadas en 1994, en particular en relación con la prueba testimonial y con la *expert evidence*”. Al respecto, también LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 35: “Tanto europeos como estadounidenses empezaron a proponer una visión activa del juez: dicha visión activa era una nueva versión de la crítica (ya antigua) al proceso *adversarial* en los Estados Unidos y del principio dispositivo en Europa”.

²¹ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 66: “En Inglaterra esta transformación se llevó a cabo con las *Civil Procedural Rules 1998* entradas en vigor el 26 de abril de 1999. Se trata de un verdadero y propio Código de procedimiento civil”. Incluso puede leerse entre líneas que en la época del juez HOLMES, previo al nacimiento del realismo jurídico, se respetaba la norma; al respecto ARJONA. Ob. cit., pp. 34-35: “Puede comprobarse en ellos [fallos] el fino y esforzado trabajo de artesanía que HOLMES lleva a cabo, respetuosamente vinculado por las normas jurídicas (sea en forma de Constitución, derecho legislado o decisiones e interpretaciones judiciales) y poniendo en juego sus mejores habilidades para resolver conforme a ellas [...] Ya antes de entrar a formar parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos había afirmado: ‘confío en que nadie habrá de pensar que, por criticar tan libremente el derecho, dejo de sentir respeto por el mismo. Tengo veneración por el derecho, y especialmente por nuestro sistema de derecho, como uno de los productos más vastos del pensamiento humano [...] Pero se puede criticar aun lo que se venera. Mi vida está consagrada al derecho y sentiría que faltó a la devoción que le profeso si no hiciera lo que dentro de mí me impulsa a mejorarlo, y, cuando alcanzo a percibir lo que me parece el ideal de su futuro, si vacilara en mostrarlo e instar a su consecución, con todas las fuerzas de mi corazón’ (HOLMES, 1897: 43)”.

²² Para este estudio se entiende contemporáneo el período de tiempo que inicia con el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. De igual forma, moderno el período comprendido entre la Revolución francesa y la Segunda Guerra Mundial. Y medieval es el período que inicia con la caída del imperio romano hasta la Ilustración.

oportuno transcribir algunos apartes del estudio de DAMASKA²³ donde expone las categorías del Estado activo y reactivo:

El Estado reactivo tiene como objetivo central crear una estructura para la interacción social [...] lleva a entender cómo el proceso civil del common law se sustenta políticamente en un sistema adversarial, un sistema de enfrentamientos que se concentra únicamente en la resolución de conflictos, ya que se entiende la sociedad como soberana en la decisión política de administrarse justicia. Igualmente esta forma de Estado no podría ser un productor exhaustivo de normas que determinen la interacción contractual, familiar, laboral, y de responsabilidad de los ciudadanos, por el contrario, es un Estado que permite que las normas de derecho sustancial se obtengan de las relaciones ciudadanas. En este tipo de Estado y de forma de proceso, el acuerdo prevalece sobre la sentencia.

El Estado activo se preocupa por dirigir la sociedad, su actividad se centra en programas de bienestar, los problemas y los valores de la sociedad se disuelven en la estructura estatal. No es un administrador de conflictos sino de iniciativas sociales. El derecho es autoritario, se esfuerza en fórmulas con las cuales se pueden perseguir objetivos, se dice al ciudadano qué hacer y cómo comportarse. Consecuencialmente el derecho se refunde con el deber y el proceso llega a ser independiente de la resolución del conflicto, no se puede negar que el conflicto es para el funcionario una válida oportunidad para la intervención del Estado.

Con base en estas elaboraciones político-jurídicas, se puede decir que el proceso civil adopta una finalidad en directa correspondencia con el tipo de Estado en el cual está inserto, porque responde a unas tendencias en las estructuras sociales²⁴.

En los estados contemporáneos de Europa occidental²⁵ y América Latina²⁶ no puede establecerse un modelo que se asimile a un tipo de Estado activo o reactivo puro. Los sistemas que se adscriben a estas familias jurídicas del *civil law* se desarrollan en estados “influenciados”, en mayor o menor medida, por aspectos tales como el respeto a los derechos humanos, los principios constitucionales, la efectividad de la decisión judicial, los tratados internacionales y la globalización, por la imperiosa necesidad de precisar respuestas para los conflictos supranacionales, entre otros.

Todo ello genera efectos variados sobre la justicia civil, complejidades que “no se refieren solo a las diferencias entre los varios tecnicismos procesales, lo que resulta totalmente obvio. [...] se refiere sobre todo a los estratos culturales profundos que están en la base de las diversas concepciones de la administración de justicia, presentes en los diversos ordenamientos [...] por ejemplo a la definición de los fines de la administración de justicia”²⁷.

Es así como en los países de América Latina, entre ellos Colombia, se incrementa la producción

²³ DAMASKA. Ob. cit., pp. 135-148.

²⁴ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 60: “Naturalmente cuando más un modelo se aproxima a la realidad que quiere representar, tanto mayores serán su capacidad heurística y su utilidad como instrumento de análisis. Así se podrá hablar de modelos ‘buenos’ o ‘malos’, dotados de mayor o menor capacidad representativa según su ‘cercanía’ con lo que tipifica”.

²⁵ Ibíd., p. 71: “a) en realidad no ha existido nunca un modelo homogéneo y unitario [...] b) en los últimos decenios se han producido tantas y tales transformaciones en varios ordenamientos procesales del área civilista, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia de manera sintética y unitaria a los modelos tradicionales”.

²⁶ A manera de ejemplo se puede comparar: Colombia, que adopta un Estado social de derecho, organizado como república, descentralizada, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas (art. 1.º Constitución Política de Colombia), con Argentina, que no ha promovido una reforma Constitucional para cambiar el Estado liberal de derecho al Estado social de derecho y se presenta como una nación que adopta para su gobierno la forma representativa federal y adopta, entre otros pactos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la Ley 23.313 (ver boletín oficial del 13 de mayo de 1986), lo cual lo hace avanzar hacia el Estado de bienestar. Estos países presentan una estructura judicial jerárquica pero con diferencias en los poderes del juez, en los principios de independencia y en la autonomía en sus decisiones, y los procesos judiciales corresponden a unas complejas mezclas entre sistemas inquisitivos y adversariales.

²⁷ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 32.

de propuestas jurídicas mixtas²⁹, lo cual constituye una de las características en las sociedades que avanzan hacia transformaciones multiculturales³⁰ y hacia la internacionalización de los procesos. Se acercan y se entremezclan las familias jurídicas tradicionales³¹, de acuerdo con cambios que están en directa relación con la finalidad del proceso civil: por ejemplo, en Estados Unidos, después de la adopción de la Constitución de 1787, se reforma el sistema procesal que funcionaba paralelo al *common law* y a la *equity* en varios estados, porque el derecho debía ser racionalmente accesible a cualquier ciudadano: “[...] se constituye la *federal rules* como reglamentación procesal, que consistió en una adopción muy completa de principios del *equity*”³¹.

Aunque el sistema procesal en el *common law* ha cimentado una forma de libre decisión, explicada por HOLMES mediante su famosa “metáfora del mal hombre”³², la aplicación de la norma –especialmente la procesal–, fue y es hoy, con mayor importancia, un elemento estructurante en la decisión judicial.

En el siglo XIX, como expone ARJONA, en el *common law*, “como mínimo y más allá de las profecías, el derecho se compone de una serie de normas procesales. A partir de esta primera crítica, se abre el camino a muchas más en el mismo sentido de dotar al concepto de regla de una importancia central, superior a la de las profecías del ‘mal hombre’, en la definición de lo que es el derecho”³³.

Ahora, en el proceso civil contemporáneo “las normas de la *common law* resultan sustancialmente semejantes desde un punto de vista textual a las del *civil law*. Desde el punto de vista institucional, sin embargo, la *common law* es un conjunto de decisiones que los jueces están autorizados a interpretar y adaptar cuando cambian las condiciones concretas, aunque deben tener en cuenta la supremacía de la Constitución federal, de las constituciones estatales y de las leyes aprobadas por el Congreso [...] Así, la *common law* es al mismo tiempo un código flexible y un instrumento de la potestad de creación del derecho por parte de los jueces”³⁴.

²⁹ Es el caso de la reforma del proceso penal colombiano, a un proceso con tendencia acusatoria, influenciado claramente por el sistema jurídico estadounidense: Ley 906 de 2004.

³⁰ Al respecto se puede consultar, entre otros: CRISTINA DE MAGLIE. “Multiculturalismo e diritto penale”, en *Qué tan alternativas son las justicias alternativas*, Medellín, Universidad de Medellín, 2007, p. 117. LUIS ENRIQUE USECHE. *El sistema político y constitucional del Estado contemporáneo*, San Cristóbal, Litoformas, 2002, p. 107: “El mundo posterior a la Segunda Guerra Mundial presenta el espectáculo de un gigantesco proceso de reagrupamiento de las naciones. En las regiones desarrolladas, de manera especial Europa occidental, se configura una indiscutible transición del nacionalismo a los nuevos escenarios de organización regional supranacional”. TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., pp. 5-13: “Una de estas tendencias puede ser definida como ‘multiculturalismo’ con el fin de subrayar el surgimiento de una especial atención con respecto a culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos”.

³¹ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 65: “Tal vez en ello se ha tomado nota del hecho de que ya no es tiempo de las rígidas contraposiciones dogmáticas y del contraste del principio, o de que ya no es tiempo de insistir en esas contraposiciones y en esos contrastes, puesto que ha ocurrido otros problemas en el campo de la justicia civil, y muchos legisladores han asumido orientaciones de reformas más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente”.

³² Ver HAZARD GEOFFREY y MICHELE TARUFFO. *La justicia civil en los Estados Unidos*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 36-37. LÓPEZ. *Nuevas tendencias en ciencias, cit.*, p. 40: “A partir de la proclamación de las reglas federales del Procedimiento civil de 1938 [...] y especialmente con fundamento en su artículo 16, los jueces podían asumir el control sobre elementos esenciales del proceso antes de que este llegara a la fase de juicio oral (*trial*). En Estados Unidos, es bueno recordarlo, la etapa de preparación del caso y de las pruebas son conducidas fundamentalmente por las partes con algún nivel de control del juez”.

³³ “Si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”: citado por ARJONA. Ob. cit., pp. 29-30.

³⁴ *Ibíd.*, p. 31.

³⁵ GEOFFREY y TARUFFO. Ob. cit., p. 53.

Estos cambios se fortalecen con la adopción del *case management*³⁵ donde el juez aparece como un verdadero director, función activa que contemporáneamente puede resumirse, como dice LÓPEZ³⁶, en tres grandes puntos de política procesal: 1. gerencia judicial de los casos; 2. referencia en materia probatoria y 3. promoción de la resolución del conflicto.

Es, pues, una realidad que las familias jurídicas tradicionales se han acercado en sus diferencias³⁷: se presenta una “imitación de un sistema o modelo por otros sistemas, aun cuando sean derivados de experiencias históricas y líneas evolutivas muy heterogéneas”³⁸, y con ello se abandonan paulatinamente ideologías diferenciales³⁹.

En los sistemas procesales civiles del *common law*, mediante la adopción del *case management*, empiezan a tener fuerza las normas escritas *federal rules*⁴⁰ y se fortalece la intervención del juez en el proceso. En los sistemas procesales adscritos al *civil law* se adoptan elementos tradicionales del *common law*⁴¹; por ejemplo, se tiene en cuenta la importancia de la decisión judicial como una norma aplicable a otros casos y se fortalece el principio de independencia del juez para interpretar la norma.

Estos procesos de conversión en torno a la justicia civil permiten igualmente reestructurar y redimensionar la finalidad del proceso civil, aunque para ello también es importante contar con una actividad coordinada del legislador⁴², institución presente en los sistemas jurídicos del *civil law* a partir de la aparición del Estado democrático de derecho, que cumple legítimamente las funciones de proyección y prospectiva de los principios y reglas que pertenecen al ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico colombiano está vinculado con la evolución del *civil law*, especialmente con los acercamientos ideológicos y estructurales contemporáneos de las familias jurídicas. Las reformas se inician con las primeras constituciones modernas “de la norteamericana de 1787 y de la francesa de 1789 que siguen siendo, junto con el modelo inglés, los grandes modelos constitucionales contemporáneos”⁴³; éstas influyen en forma determinante las constituciones colombianas más relevantes del modelo jurídico vigente, en especial el

³⁵ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 38: “El *case management* tiende a ser una práctica cada vez más frecuente en el mundo [...] la tendencia al aumento no es tan clara en los Estados Unidos [...] Aquí el juez está interesado en la efectividad del derecho y no tanto en el ahorro y maximización de los recursos judiciales. Se trata, si se quiere, de una forma de control garantista de la ejecución del fallo”.

³⁶ *Ibíd.*, p. 45.

³⁷ *Ibíd.*, p. 66: “Hay un creciente proyecto global de convergencia de sistemas jurídicos en los que las diferencias entre las familias del *common law* y del *civil law* están desapareciendo. En temas procesales, esta convergencia se manifiesta en una confianza creciente, en todo el mundo, en la dirección activa del proceso por parte del juez (*case management*) como forma de maximización de los recursos escasos de la justicia estatal frente a los intentos de las partes por obstaculizar tácticamente el desarrollo de los procesos”.

³⁸ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 77.

³⁹ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 69: “Los sistemas procesales del *common law* idealizan (lo que ellos consideran son) los poderes inquisitivos de los jueces euro-latinoamericanos; de su parte, la tradición continental romantiza las experiencias anglosajonas del *case-management* como formas contemporáneas de ejercer verdadera dirección y control procesales”.

⁴⁰ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 78: “El caso paradigmático es el de Inglaterra que ha adoptado con las Rules de 1998 una idea de un código procesal”.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 71-74: “Dentro del mundo de *civil law* se van manifestando desde ya hace tiempo fuertes influencias derivadas de los modelos *common law*, y en especial del modelo norteamericano, por una serie de razones históricas, políticas y culturales”.

⁴² *Ibíd.*, p. 78: “Un legislador ‘culto’ tendrá las informaciones necesarias para realizar mejores selecciones dentro del mercado de las ideas relativas a la justicia civil, un legislador ‘ignorante’ tenderá a ser culturalmente autártico, y por tanto, a pensar que el singular sistema procesal puede ser reformado solo desde el interior de su particular y provincial cultura, sin ninguna influencia útil derivable de aquellos ordenamientos que ya han afrontado y resuelto –tal vez mejor y de manera más eficiente– los mismos problemas”.

⁴³ FABIO GIRALDO. *El ideario del constitucionalismo en Historia de las ideologías políticas*, Medellín, Universidad EAFIT, 2008, p. 371.

ordenamiento adoptado en la Constitución de 1991⁴⁴.

El proceso civil colombiano igualmente deriva por tradición del *civil law*. Está modelado según el código francés de 1804 que a su vez sufrió la influencia del código italiano⁴⁵. De esta forma, la doctrina procesal colombiana está claramente impactada por los tratadistas italianos, y de hecho puede decirse que el proceso civil responde a la sistemática procesal que expone que “el proceso no es una correlación jurídica, genera una red, por no decir un nudo de correlaciones jurídicas [...] El proceso es una maquinaria extremadamente complicada, la maquinaria no podría funcionar si los movimientos no fueran combinados con ligaduras o uniones, y estas no son otra cosa que las correlaciones jurídicas”⁴⁶.

También el legislador adoptó y adaptó la ley a esta influencia francesa-italiana. Algunos aportes al derecho contemporáneo de la escuela del derecho procesal como sistema son la inflexibilidad de sus estructuras, la concatenación rígida de los actos procesales por etapas y la complejidad de su funcionamiento.

Sin embargo, en el marco de evolución que caracteriza a los sistemas jurídicos contemporáneos, el ordenamiento colombiano conoce un profundo cambio en materia del proceso a partir de la Constitución de 1991, que vincula directamente con el derecho fundamental⁴⁷ al debido proceso. Este principio constitucional, entre otros, imprime a la actividad procesal unos requerimientos más sociales y públicos⁴⁸, fenómeno que se asemeja al “impacto que produjo la Constitución italiana de 1948 sobre el código de procedimiento civil de 1942”⁴⁹.

Por lo expuesto: los fenómenos de flexibilización de las familias jurídicas y la adopción de las constituciones materiales que impulsan una nueva hermenéutica, en Colombia, se debe reevaluar la efectividad y la dinámica del proceso civil, es repensar⁵⁰ las instituciones procesales y procedimentales. Esta dinámica incluye la resignificación de los principios dispositivo y de legalidad en una estructura correspondiente con la del Estado social, democrático y de derecho.

B. El proceso civil: un proceso para resolver conflictos de intereses

En el ámbito de la evolución de las familias procesales, resolver conflictos de intereses en la

⁴⁴ Entre otros se puede consultar a ANDRÉS NANCLARES. *Los jueces de mármol*, Medellín, Señal Editora, 2004, pp. 88-90: “Hasta cuando entró en vigencia la Constitución del 91, los funcionarios judiciales, en nuestro trabajo diario, nos limitábamos a hacer una labor de constatación”. GIRALDO. *El ideario del constitucionalismo*, cit., pp. 368-372: “Esta segunda fase que agrega los derechos sociales se sustenta además en el principio ético-político de la responsabilidad del Estado por el bienestar de los ciudadanos como complemento igualitarista”. ROBERTO NÚÑEZ. “Poder político, Constitución y Estado”, en *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 19-64.

⁴⁵ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*. Ob. cit., p. 70.

⁴⁶ FRANCESCO CARNELUTTI. *Trattato del processo civile*, Nápoles, Morano, 1958, p. 35.

⁴⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 29.

⁴⁸ Este artículo tiene una estrecha relación con los demás derechos fundamentales y con principios como aquellos contenidos en el artículo 228 de la misma normatividad que dice: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

⁴⁹ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., pp. 84- 85.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 47: “[...] En Colombia como se sabe, el problema parece consistir en que el juez no tiene ninguna libertad para asignar el procedimiento especial ya que dicha asignación la hace directamente la ley en términos perentorios según la naturaleza del conflicto presentado a la jurisdicción [...] el código dedica gran parte de su normatividad a un numero importante de procesos especiales. [...] preguntarse si en Colombia tal característica es una imposición del principio constitucional de legalidad o si sería posible que los jueces tuvieran un mayor margen de apreciación en determinar las formalidades procesales que mejor cuadran con las características específicas del caso sin que ello implique una vulneración del principio de legalidad del proceso”.

sociedad se entendió, en algunos sistemas jurídicos, como la única finalidad del proceso civil.

Este fin privatista implica una doble perspectiva en el proceso. Se trata de diferenciar la pretensión jurídica que se resuelve mediante el proceso, de todo el conjunto de actividades que lo conforman, de su naturaleza jurídica³¹. De esta manera se pueden establecer las diversas relaciones que se generan: una corresponde al objeto del proceso –la pretensión jurídica– cuya apropiación corresponde a las partes, y la otra implica el desarrollo de las etapas y los actos del sistema procesal –la estructura del proceso– cuya apropiación corresponde a la función pública jurisdiccional.

El proceso como sistema atiende y procesa las reclamaciones³² conflictivas de la sociedad. En este sentido se estudia como un mecanismo, un instrumento³³ conformado por actos secuenciales, concatenados, dirigidos a una misma finalidad: la solución del conflicto mediante la aplicación del ordenamiento jurídico sustancial. Esta concepción instrumental permite a las partes obtener el derecho a disponer del proceso y de sus etapas, corresponde a la facultad de la justicia rogada³⁴.

Sin embargo, en el derecho procesal contemporáneo resulta plausible sostener que el proceso cubre una dimensión más amplia que aquella del sistema de actos. El cambio de paradigma empieza desde el momento en que las constituciones de posguerra adoptan el debido proceso como un derecho fundamental. El proceso desde la perspectiva del debido proceso presenta una doble naturaleza jurídica: es derecho sustancial en tanto constituye un fin en sí mismo, y al mismo tiempo se desdobra en unas estructuras de garantía constitucional para la protección efectiva de los derechos, la cual se hace exigible en cualquier actividad jurisdiccional o administrativa. Por ello el estudio del proceso como instrumento se proyecta a un nivel superior: el debido proceso³⁵.

El proceso visto en su objeto, la pretensión jurídica, se aborda a partir de muy diversas posturas. Entre ellas se cuentan: las sociales, que dan cuenta del objeto del proceso como instrumento para la solución del conflicto, y las jurídicas, que sustentan el proceso para restablecer el ordenamiento jurídico que ha sido vulnerado.

GUASP³⁶ expone que estas concepciones son insuficientes para la explicación del objeto del proceso: la primera, porque el conflicto por sí mismo en múltiples casos no llega al proceso ya que la persona interesada no presenta la queja respectiva, y la segunda, porque la violación del ordenamiento jurídico, por sí misma, no genera actividad procesal. Por ello dicho autor

³¹ XAVIER ABEL. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 169: “El objeto está en poder de las partes, quienes son libres de iniciarlo y configurarlo. La naturaleza y desarrollo del proceso está impregnada de un mayor componente público en la medida que el Estado tiene un interés en el desarrollo de la función jurisdiccional”.

³² JAIME GUASP. *La pretensión procesal*, Madrid, Civitas, 1981, p. 28. “Lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el juez, que puede ir o no ligada con aquel”.

³³ El proceso como instrumento y secuencia de actos puede estudiarse en: BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 2000, p. 279 y ss.; MIGUEL ROJAS. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 120; ENRIQUE VÉSCovi. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1999, p. 88; GUASP. *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 27-29; ALEJANDRO ABAL. *Derecho procesal*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 21-27; JAIRO PARRA. *Derecho procesal civil*, parte especial, Bogotá, Librería del Profesional, 1997, p. 1; ADOLFO SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 13; JAIME AZULA. *Manual de derecho procesal civil*, Bogotá, Temis, 1993, p. 33; HERNÁN LÓPEZ. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Bogotá, ABC, 1993, p. 196; MARTÍN AGUDELO. *El proceso jurisdiccional*, Medellín, Señal Editora, 2001, p. 11.

³⁴ JOAN PICÓ y XAVIER ABEL. *Los poderes del juez en materia probatoria*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 20-21: “Justicia rogada es el principio que permite al actor determinar la iniciación del proceso ‘nemo iudex sine actore’ ‘ne procedat iudex ex officio’ ”.

³⁵ Este tema se puede ampliar en: MABEL LONDOÑO, DIANA RAMÍREZ y ALBA MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2008, p. 66; AGUDELO. *El proceso jurisdiccional*, cit., p. 11: “Desde una propuesta alternativa, debe tenerse en cuenta como objeto de estudio de esta disciplina de manera adicional los procedimientos lineales que deban estar permeados de debido proceso”; CARLOS BERNAL. “El derecho fundamental al debido proceso”, en *Investigación procesal*, Medellín, Señal Editora, 2004, p. 6: “Hoy día este principio y derecho fundamental, se encumbra como la pieza estructural de dos de las dimensiones más importantes del Estado: sus perfiles como Estado de derecho y Estado democrático”.

³⁶ GUASP. Ob. cit., p. 29.

acertadamente adopta como objeto del proceso la pretensión jurídica⁷⁷. Estructura de naturaleza procesal que permite la reclamación concreta del derecho sustancial⁷⁸.

No obstante, conviene tener en cuenta que el conflicto se desarrolla como objeto del proceso, según el sistema político adoptado.

Retomando a DAMASKA, la perspectiva del conflicto es totalmente diversa desde el Estado activo⁷⁹ y desde el Estado reactivo⁸⁰. En el Estado activo se puede entender que el conflicto entre dos ciudadanos es síntoma de un problema más complejo: como la intervención a la corrupción de las instituciones. Así las cosas, la controversia original es un punto ocasional y de escasa importancia para el sucesivo desarrollo del proceso en donde éste se convierte en excusa para encontrar una mejor solución al problema social. En un Estado reactivo el único objeto que debe preocupar al proceso civil es la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses.

De esta manera, el proceso correspondiente con el conflicto que se legitima en el Estado activo sería aquel del sistema inquisitivo⁸¹, donde se evidencia una concentración absoluta de poderes en el juez y una carencia de facultades de las partes con respecto al objeto del proceso, a la impulsión de las etapas del proceso y a la decisión judicial.

Por otro lado, el proceso que sirve a la estructura del Estado reactivo en términos de DAMASKA es coherente con el sistema dispositivo⁸²: un modelo adversarial puro, que permite el

⁷⁷ Sobre la fundamentación del tema de decisión, como pretensión jurídica, se pueden revisar entre otros autores: GUASP. *La pretensión*, cit., p. 61: "No hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el juez. en torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales"; AGUDELO. *El proceso*, cit. p. 18; LÓPEZ. *Instituciones de derecho*, cit. p. 196; AZULA. *Manual de derecho*, cit., p. 38; PARRA. *Derecho procesal*, cit., pp. 1-2; ABAL. *Derecho procesal*, cit., pp. 30-32; VÉSCOVI. *Teoría general*, cit., p. 90; ROJAS. *Teoría del proceso*, cit., p. 126; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 303.

⁷⁸ JÜRGEN HABERMAS. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2001, p. 147: "Los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo. Esta formulación muestra ya que el sistema de los derechos en conjunto está transido por esa tensión interna entre facticidad y validez que caracteriza al ambivalente modo de validez que es la validez jurídica".

⁷⁹ DAMASKA. Ob. cit., pp. 175-245.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 159.

⁸¹ Al respecto: ROJAS. *Teoría general*, cit., p. 302; ABAL. *Derecho procesal*, cit., p. 121: "Cuando se adopta su opuesto, el llamado 'principio inquisitivo', dicha predominancia en tales tareas la tiene el tribunal"; QUINTERO. Ob. cit., p. 124; LÓPEZ. *Instituciones de derecho*, cit., p. 43: "Esta concepción del proceso, originaria de los procesos canónicos de la edad media [...] ha sido secularmente el principio opuesto al dispositivo y, en efecto, tiene bases diversas". VÉSCOVI. *Teoría general*, cit., pp. 45-46. SCHÖNKE. *Derecho procesal*, cit., p. 31: "El principio dispositivo se contrapone al principio inquisitivo u oficial, que rige en el principio penal, según el cual, la reunión de los materiales del proceso es fundamentalmente misión del juez". VELLOSO. *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004, p. 38: "La descripción del sistema inquisitivo: 'el propio juez comienza, oficiosamente o por denuncia' el mismo juez se encarga de investigar y buscar las pruebas [...] es quien ahora juzga". AZULA. *Manual de derecho*, cit., p. 68: "Este principio –opuesto al dispositivo– consiste en que el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino que adopta la calidad de activo, por cuanto está facultado para iniciarlo, fijar el tema de decisión y decretar las pruebas que considere necesarias para establecer los hechos".

⁸² Al respecto se puede consultar, entre otros: CARNELUTTI. *Trattato del processo civile*, cit., p. 94: "Si parla a questo proposito, di un principio dispositivo in opposizione al principio inquisitorio, volendosi con ciò significare la dipendenza o la indipendenza della potestà giurisdizionale del giudice dalla domanda delle parti"; LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 12: "Dentro del principio dispositivo, por tanto, la dirección del proceso (su liderazgo primario, si se quiere) se le confiere al demandante. Por estas razones la tradición civilística ha dicho que el demandante es el *dominus litis* (señor del proceso)". PICÓ. *Los poderes del juez*, cit., pp. 20-21: "El principio dispositivo significa que las partes disponen del objeto del proceso en el sentido de ejercitarlo y renunciarlo a voluntad". JOSÉ GÓMEZ. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994, pp. 42-44: "En términos muy generales el sistema dispositivo tradicional descansaba en los principios procesales siguientes: a) Derecho a la iniciativa de parte o demanda privada: le esta absolutamente vedado emprender la actividad de oficio (*nemo iudex sine actore*) en consideración a los derechos privados y por ende disponibles que están en juego. b) los hechos y las pruebas de incumbencia absoluta de las partes es el fundamento fáctico de las pretensiones. Al mismo tiempo, la decisión debe basarse única y exclusivamente en los medios de convicción aportados o practicados a instancia de las partes, habida cuenta de que el juez carece de poderes tanto para alterar el cuadro planteado por estas como para disponer oficiosamente la práctica de pruebas [...] *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partibus*. c) el impulso procesal. Se reservó a las partes activar el proceso en los sucesivos episodios [...] son imprescindibles las nociones de las partes que en esta forma consolidan el total dominio del proceso. d) La congruencia. El juzgador está irremediabilmente atado a la pretensión invocada por las partes [...] *thema decidendum* [...] incluye este principio la actividad típica del demandado toda vez que las excepciones también deben ser invocadas; porque no le era dable al juzgador considerar oficiosamente defensas. El fundamento de esta limitación es el mismo de la disponibilidad porque el demandado perfectamente puede prescindir de alegar una defensa que a

enfrentamiento de partes. Este modelo equivale a una justicia privada, donde las partes disponen del objeto del proceso con plena libertad y el juez solamente vigila la legitimidad de las reglas de enfrentamiento.

La paradoja que se encuentra al estudiar estos sistemas está directamente relacionada con el enfrentamiento de las características, entre las familias del *civil* y del *common law*.

Un sector de la doctrina se ha esforzado por demostrar posturas irreconciliables entre un sistema inquisitivo y un sistema adversarial⁶³, lo cual, sostiene DAMASKA, no tiene ningún sentido lógico en el ámbito jurídico contemporáneo, porque los sistemas son ficticios y “*casi nunca se encuentran en la realidad*”⁶⁴.

Por otra parte, la renovación que sufre el contexto político jurídico después de la Segunda Guerra Mundial, indica que las sociedades adoptan preferentemente sistemas mixtos puesto que “el mínimo común denominador de cada sistema es inestable y en constante cambio”; por ello DAMASKA⁶⁵ propone un estudio desde la organización del Estado.

Como bien lo expone TARUFFO⁶⁶, es bastante común encontrar que los ordenamientos jurídicos entienden que la finalidad del proceso civil está directamente relacionada con la resolución de los conflictos, desde una perspectiva dispositiva. Pero esta tendencia proviene en alguna medida de las falsas interpretaciones que se le han dado al sistema adversarial como instrumento para la solución de los conflictos intersubjetivos y al sistema inquisitivo como instrumento para la imposición de la ley tras la búsqueda de la verdad absoluta.

Es así como hoy se le dan al sistema adversarial o dispositivo por lo menos dos interpretaciones: una fuerte y otra débil⁶⁷ o relativa.

La interpretación relativa del sistema adversarial se refiere al aseguramiento de las garantías constitucionales del debido proceso a favor de las partes. En este sentido, el proceso civil les asegura a las partes el respeto absoluto de los principios de legalidad, democracia, contradicción y defensa. Es la perspectiva constitucional del proceso.

Un significado fuerte del sistema adversarial se refiere a un proceso en el que solamente las partes tienen el poder⁶⁸: inician el proceso, lo impulsan en cada una de sus etapas, tienen el

la postre equivale a una disposición. e) la disponibilidad del derecho material: las partes pueden desistir de las pretensiones, transigir la litis o el demandado allanarse [...] se suscita la terminación anormal y en el último se precipita la sentencia. f) Los recursos. Las decisiones únicamente pueden recurrirse por los interesados”.

⁶³ Se trata del enfrentamiento contemporáneo entre las corrientes que se autodenominan publicistas o revisionistas o eficientistas con aquellas tendencias privatistas, algunas de las cuales se denominan garantistas. Un buen resumen de esta paradoja se encuentra en LUIS MADARIAGA. “El derecho procesal entre dos ideologías (garantismo vs publicismo): problemas y perspectivas de desarrollo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*, Lima, 2007, p. 238-245.

⁶⁴ DAMASKA. *I volti della giustizia*, cit., pp. 33-34: “I processi inquisitori e *adversarial* diventano costruzioni fittizie che si ritrovano di rado, e forse mai, nella realtà, ma sono utili a certe condizioni per analizzarla”.

⁶⁵ DAMASKA. *Ibid.*, pp. 34-37.

⁶⁶ TARUFFO. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 137: “El proceso en general, y el proceso civil en particular, es un instrumento para la resolución de conflictos y no para la aplicación de la ley o la obtención de otros fines. Esta teoría encuentra amplia difusión especialmente en la cultura jurídica de la lengua inglesa, pero está presente -con algún matiz de escaso relieve- también en las culturas procesalistas de Europa continental”.

⁶⁷ TARUFFO. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Controversia procesal*, Medellín, Jurídica Sánchez, 2006, pp. 11-15.

⁶⁸ Se puede consultar entre otros autores sobre el tema a: LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 42: “Como acertadamente lo define PODETTI, consiste en la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado”; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 122: “En el tipo o sistema procesal dispositivo hay un dominio exclusivo, un señorío de la voluntad de las partes”; ABAL. *Derecho procesal*, cit., p. 121: “Puede decirse que el ‘principio dispositivo’ consiste, en definitiva, en una regla conforme a la cual se da predominancia a los interesados principales”; ROJAS. *Teoría general del proceso*, cit., p. 302; VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 45-46; SCHÖNKE. *Derecho procesal*, cit., p. 31: “Llámeselo principio dispositivo o de controversia (según fue designado por GÖNNER, 1881), a aquel que en el proceso civil atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso”; AZULA. *Manual de derecho procesal*, cit., p. 66: “Este principio consiste en que las partes son los sujetos activos del proceso,

absoluto control sobre la producción de las pruebas y la plena disposición del derecho sustancial que se está discutiendo.

Cuando se habla del sistema adversarial como un sistema contrapuesto al inquisitivo, se asume el sentido fuerte y a la vez se da por entendido que el proceso inquisitivo tiene también un significado contundente e invariable: la concentración absoluta de poderes en el juez.

Resulta plausible sostener que un tipo de proceso donde el poder se encuentre totalmente concentrado en el juez o en las partes no existe para el derecho contemporáneo, en los sistemas que se desprenden de la familia del *civil law* o del *common law*. Este tipo de absolutismo arbitrario desvirtúa todas las garantías constitucionales del debido proceso, que adoptan las constituciones materiales, y además desintegra la estructura del proceso como relación jurídica compleja⁶⁶. Ello significa que es un proceso absolutamente inconstitucional y potencialmente ilegal en el derecho occidental de hoy.

Otra es la lectura de los sistemas inquisitivos-dispositivos en el contexto histórico. El proceso civil de la edad media surge en el siglo XII con el imperio carolingio, cuando el proceso greco-romano se extiende por toda Europa. Este proceso adopta la estructura del proceso inquisitivo⁶⁷ penal, que posteriormente expande la Iglesia católica por el mundo y que finalmente se instala en Colombia, desde Cartagena de Indias, en 1610⁶⁸.

El sistema inquisitivo medieval da cuenta de la indagación, como un mecanismo eficaz para investigar más allá del dicho de las partes, por lo menos con dos objetivos: sostener e incrementar la riqueza de los señores feudales y enriquecer al emperador, pues por medio del procurador que representa al soberano en el proceso civil, éste puede acceder a multas y confiscaciones. Por ello explica FOUCAULT que “la indagación en la Europa medieval es sobre todo un proceso de gobierno, una técnica de administración, una modalidad de gestión; en otras palabras, es una determinada manera de ejercer el poder”⁶⁹.

De igual manera, el sistema adversarial de la antigüedad se conoció en el proceso germano de la Edad Media. Proceso feudal que se caracterizó por ser una especie de duelo entre individuos⁷⁰, donde el gobernante vigilaba las reglas del enfrentamiento, y que permanece hasta la entrada victoriosa del imperio carolingio en Alemania.

Posteriormente reaparece un sistema adversarial o dispositivo a partir de la ideología liberal

ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el juez es simplemente pasivo, pues su función se limita a dirigir el debate”.

⁶⁶ Sobre la prevalencia de la teoría de la relación jurídica en el proceso, puede consultarse a: VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., p. 93: “Para la mayoría de los procesalistas, el proceso es una relación jurídica entre determinados sujetos investidos de poderes otorgados por la ley, que actúan en vistas a un determinado fin”. QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 298. SCHÖNKE. Ob. cit., p. 16: “una relación jurídica, o conjunto de vínculos jurídico-procesales”. AZULA. Ob. cit., p. 49: “Es actualmente la que tiene mayor número de adeptos”. LÓPEZ. Ob. cit., p. 197: “Si tenemos en cuenta que las interrelaciones entre los sujetos del derecho constituyen relaciones jurídicas, no existe, en nuestro concepto, duda alguna acerca de que el proceso es una relación de tal índole”.

⁶⁷ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 298. MICHEL FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 82: “Se trataba del modelo de la indagación [...] del imperio carolingio [...] procedimiento perfectamente ritualizado y regular: la *inquisitio*, la indagación. Es el famoso *DomesdayBook*, único ejemplo global que poseemos de estas indagaciones que eran una vieja práctica administrativa de los emperadores carolingios. El procedimiento de indagación administrativa tiene algunas características importantes: 1) El poder político es el personaje central. 2) El poder se ejerce, en principio, haciendo preguntas, cuestionando. No sabe la verdad y procura saberla. 3) Para determinar la verdad, el poder se dirige a los notables y les pregunta.”

⁶⁸ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 125: “Posteriormente la Inquisición se instaló en Castilla (1480), llegando a actuar en dos áreas: la eclesiástica y la civil. Es la inquisición española. Este tribunal fue establecido en América durante la Colonia, actuó en Lima (1570), México (1571) y Cartagena de Indias (1610)”.

⁶⁹ FOUCAULT. *La verdad y las formas*, cit., p. 86.

⁷⁰ Ibíd., p. 68: “En el antiguo derecho germánico [...] en primer lugar no hay acción pública, es decir, no hay nadie representando a la sociedad, a un grupo, al poder o a quien lo detente tenga a su cargo acusaciones contra los individuos [...] la acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, familias o grupos”.

européa del siglo XIX, contexto histórico en el cual con la Revolución francesa se gestan los límites al poder absoluto del Estado. Pero este sistema no impone unas facultades absolutas a favor de las partes; al contrario, inicia un proceso civil de textura mixta donde se formula “la extensión y límites de los poderes-deberes del juez y de las cargas de las partes con respecto al litigio”⁷⁴, es decir en cuanto al objeto del proceso.

Es esta la época de la ideología clásica del proceso civil. Se fundamenta en Francia a partir de un régimen mixto, con la entrada en vigencia del código de 1804⁷⁵. Posteriormente, como lo expone TARUFFO⁷⁶, adoptan este modelo: Italia, con el código de 1865; Alemania, con el código de 1877, y España, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Dicho modelo de codificación es el que llega a Latinoamérica como ideología política que responde a unos objetivos políticos de la época. No surge como una reforma técnica, y de ahí su fuerza imperativa. El valor fundamental que protege es la iniciativa de parte; el juez es un representante del Estado que no interviene dentro del proceso, pero que conserva una potestad importante: adoptar el derecho, la norma, para la decisión final.

El proceso civil entendido como parte del sistema adversarial en el sentido fuerte, que es aquel del derecho germano medieval, implica un enfrentamiento por vía de la fuerza donde el juez no tiene ningún poder sobre el desarrollo del proceso ni sobre el objeto del proceso. El juez solo observa, deja constancia de las reglas de enfrentamiento y de quién vence. Obviamente, quien vence es el más fuerte.

Revivir este sistema medieval en la sociedad contemporánea conlleva fuertes implicaciones morales y jurídicas relacionadas con el Estado y la Constitución, que ya no son instituciones político-jurídicas lejanas al ciudadano:

- El Estado social de derecho concibe la administración de justicia como un deber o función pública estatal. El juez como responsable de esta función pública la cumple como deber social, por tanto le está prohibido permanecer inactivo.

- Las constituciones modernas contienen unas garantías fundamentales, todas relacionadas con el proceso debido. Ello implica que el proceso civil tiene que realizar: una tutela judicial efectiva, la legítima contradicción y defensa y la igualdad de las partes, entre otras.

El proceso civil entendido como parte del sistema inquisitivo en el sentido fuerte implica regresar a la época del imperio carolingio, una historia de abuso arbitrario, donde el soberano violaba los derechos individuales, donde el juez indagaba su propia concepción de los hechos sólo con la finalidad de fortalecer económicamente al emperador. Con la caída del imperio carolingio, la santa Iglesia católica se apropia la “*inquisitio*” y la difunde por el mundo a través del proceso penal, mediante una fusión ficticia con el pecado.

El proceso civil, entendido como parte del sistema adversarial en el sentido relativo, significa que está adscrito a un sistema de garantías a favor de las partes. Es el tipo de proceso que se muestra compatible con la filosofía del Estado social de derecho y con las constituciones modernas.

Por lo expuesto puede argumentarse que en Europa el proceso civil inquisitivo adopta un sentido relativo, mixto, a partir de la segunda mitad del siglo XX⁷⁷. El juez adquiere poderes de instrucción y de dirección, pero igualmente se respeta a las partes las garantías constitucionales y los derechos fundamentales.

En Colombia también ha cambiado el concepto de dispositividad, a partir de la adopción del

⁷⁴ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 122.

⁷⁵ TARUFFO. *Poderes probatorios de las partes*, cit. P. 16; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 133; JORGE LONDOÑO. “El aporte del código napoleónico a la Constitución de 1991”, en *Código napoleónico 200 años*, Tunja, Uniboyacá, 2006, pp. 14-16.

⁷⁶ TARUFFO. *Poderes probatorios de las partes*, cit., p. 16.

⁷⁷ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 26: “Las críticas al derecho liberal se dejaron sentir, en Europa, desde mediados del siglo XIX con la aparición de movimientos políticos que confrontaban las nociones privatistas e individualistas de la revolución francesa”.

Estado social de derecho. Se entiende el sistema dispositivo como aquel que regula cargas de disposición entre los sujetos procesales: respeta al juez los poderes oficiosos, ya que el Estado lo designa como responsable de las garantías constitucionales mediante la función jurisdiccional: pública y prevaleciente⁷⁸. De igual manera, el sistema dispositivo respeta a las partes todos los derechos fundamentales que la Constitución de 1991 consagra en su favor, entre ellos: igualdad, no autoincriminación, debido proceso, contradicción y defensa. Es un ejemplo de compatibilidad entre el sistema adversarial relativo y el proceso con tendencias inquisitivas.

Como bien lo precisa HABERMAS, “Un derecho, después de todo, no es ni una pistola, ni tampoco un espectáculo de un solo actor. Es una relación y una práctica social, y en estos dos aspectos esenciales es expresión de una conexión entre individuos. Los derechos son tareas públicas, que implican obligaciones para con los demás, así como títulos frente a ellos”⁷⁹.

En esta correlación de los derechos no se debe confundir la construcción, la finalidad y la funcionalidad del proceso. Interpretando a HABERMAS⁸⁰: el proceso civil se construye con la intervención de todos los sujetos procesales, en respeto de unas garantías constitucionales que se desprenden de la Carta Política. La finalidad del proceso está relacionada con la definición y resolución de pretensiones jurídicas, donde se establecen unas reglas de cierre a la interpretación de los hechos y se propone una aplicación del derecho. Por último, el proceso es funcional cuando logra un adecuado nivel de efectividad, y eficiencia en su finalidad y de celeridad y fluidez en su construcción.

Esta presentación mixta de los sistemas se erige como un nuevo paradigma del derecho procesal: el proceso dialógico, que permite la socialización⁸¹ del proceso, tras la búsqueda de la verdad⁸² –o certeza más probable–, y que permite la materialización de una sentencia con la máxima pretensión de corrección por medio de un sistema dialéctico argumentativo⁸³.

⁷⁸ Constitución Política de Colombia, art. 228.

⁷⁹ HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit., p.154.

⁸⁰ Ibíd., pp. 153-154. “Ciertamente, el derecho privado experimenta una reinterpretación mediante el cambio de paradigma que representa el paso del derecho formal burgués al derecho materializado del Estado social. Pero tal reinterpretación no debe confundirse con una revisión de los conceptos y principios básicos mismos, los cuales no hacen más que experimentar una interpretación distinta en esos dos paradigmas distintos [...] como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible”.

⁸¹ Ver al respecto: JAIRO PARRA. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004, p. 56: “El proceso civil y renovó su doctrina, estudiándolo, no ya como expresión de una lucha de intereses privados, sino como instrumento de la más augusta de las funciones del Estado: concepción teórica que se reveló fecunda de grandes consecuencias prácticas, cuando el mismo Chiovenda presentó a la comisión de posguerra su propuesta de reforma al procedimiento, en la que se ve por primera vez cuál hubiera podido ser la arquitectura del nuevo proceso civil construido en armonía con las finalidades de interés público que la ciencia italiana había restituido a su honor”. LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 30: “La difusión del proceso social o del bienestar hacia los países latinos y, luego hacia América Latina, se daría de forma sumamente lenta [...] Por ‘modernización’ entiende la adopción del proceso social o del bienestar, el cual igualan a otros dos *leitmotifs* propios de la época: la ‘publicización’ del proceso civil y la entronización del principio de ‘juez director del proceso’. En Colombia, como sabemos, las nuevas ideas apenas empezaron a tener alguna recepción doctrinal en el abortado proyecto de Código de procedimiento civil de 1958. En la década de 1960 estas ideas ya eran lugar común, al menos entre los procesalistas ‘progresistas’, para luego venir a convertirse en ley en el Decreto 1400 de 1970”.

⁸² TARUFFO. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 21-80. Estudio que da cuenta de que no es la verdad real o absoluta que tanta discusión tuvo entre los doctrinantes, sino la verdad relativa, la que es indispensable en la realización del debido proceso.

⁸³ LUIGI COMOGLIO. *Riforma processuale e poteri del giudice*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 16: “A maggior ragione, in un sistema (qual’è il nostro) ancorato in modo ferreo a norme codificate, la prassi giudiziaria e forense non può che avere un’efficacia aggiuntiva o rafforzativa, aiutando talvolta a interpretare ed a chiarire talune norme di cruciale importanza pratica (soprattutto, nella disciplina processuale) attraverso la loro concreta applicazione. Chiunque (cittadino o straniero, indigente o ricco, di qualsiasi razza, credo od opinione politica) ha il diritto di adire l’autorità giudiziaria e di chiedere, nelle medesime condizioni, la tutela giurisdizionale dei propri diritti od interessi, secondo modelli processuali generali. D’altronde, poiché le norme del processo sono lo ‘strumento indispensabile’ per l’attuazione del diritto sostanziale, la loro supremazia strumentale è scandita dal detto latino *ubi jus ibi remedium*, il quale esprime il concetto basilare di corrispondenza necessaria fra il riconoscimento di un diritto sostanziale e la possibilità di farlo efficacemente valere in un processo dinanzi a un giudice indipendente e imparziale. In tal modo, l’effettività dell’ordinamento e

C. El proceso civil: un proceso para elaborar una justicia procesal y realizar una justicia material

La finalidad social en el proceso civil no significa que el juez tenga la obligación de buscar la verdad o la justicia por fuera del proceso. Una concepción de justicia material en este sentido es totalmente equivocada. Históricamente esta tendencia surgió en la antigüedad⁸⁴, y readaptarla ningún beneficio le traería al derecho contemporáneo.

Como dice TARUFFO, “Es sobre todo en las situaciones de crisis de la democracia y en momentos de emergencia de tendencias conservadoras, cuando resulta necesario volver a reflexionar sobre la naturaleza y las funciones de la justicia civil en el contexto del Estado de derecho y de las garantías relativas a la tutela jurisdiccional”⁸⁵.

Vincular el proceso civil con unas finalidades públicas indefectiblemente lo lleva a abordar conceptos estructurales del Estado social de derecho, como la justicia, la igualdad o la dignidad humana⁸⁶. No en vano al poder jurisdiccional se le denomina comúnmente administración de justicia. Igualmente es justicia lo que buscan los ciudadanos, y aunque a veces aparezca difusa, es justicia lo que generalmente elaboran los alegatos de los abogados.

En el derecho, la justicia está directamente relacionada con la decisión. Y la decisión justa no emerge de la ruptura con las formas del proceso, quizás sea todo lo contrario⁸⁷.

1. Sobre las ideas de justicia

Abordar un concepto de justicia desde el ámbito jurídico implica inicialmente admitir que hablar de justicia es hablar de valores⁸⁸, de representaciones sociales, es decir, de ideologías relativas⁸⁹ y cambiantes en la sociedad. Desde la antigüedad, la filosofía⁹⁰ ha abordado la justicia, como también lo han hecho la sociología⁹¹ y las diversas corrientes de pensamiento jurídico⁹².

della giustizia dipende, ultimativamente, dalla varietà, dalla flessibilità e dall'efficienza dei mezzi di tutela giurisdizionale disponibili”.

⁸⁴ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 25-26: [idea que] “se remonta a las Leyes de las Partidas (Ley 2 título 16 libro II) de la novísima recopilación. Recomienda a los jueces que atiendan más a la verdad que a las formas y formalidades”.

⁸⁵ TARUFFO. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, cit., p. 135.

⁸⁶ Constitución Política de Colombia, art. 1.º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁸⁷ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 200: “La extrema dificultad de relacionar la justicia de la decisión con cualquier criterio de justicia sustancial ha terminado por inducir a no pocos teóricos del derecho y del proceso a renunciar a una empresa de tal índole. Puesto que, sin embargo, no parece fácil desistir completamente de hablar de justicia a propósito de las decisiones de los jueces, se ha terminado por determinar en el proceso la condición necesaria y suficiente para la justicia de la decisión”.

⁸⁸ HANS Kelsen. *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2001, p. 63: “Una ética de la virtud, es decir, apunta a un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud mas alta, la virtud perfecta”.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 83: “En realidad, yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo, conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.

⁹⁰ Desde la antigüedad, con PLATÓN y ARISTÓTELES, pasando por la Edad Media, con TOMÁS DE AQUINO y SAN AGUSTÍN, culminando la modernidad, con las ideas de SMITH y Kelsen y, en la posmodernidad, con DWORKIN y HART, entre muchos otros.

⁹¹ Entre otros: GERMÁN SILVA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; BOAVENTURA DE SOUSA y MAURICIO GARCÍA. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001.

⁹² TARUFFO. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, cit., p. 137: “De la *procedural justice* teorizada por John Rawls a la

No puede desconocerse que la justicia, como acertadamente lo expone RUIZ, “contiene una carga de emotividad positiva que la hace susceptible de ser utilizada en contextos bien diferentes y con escasa precisión [...] en ocasiones el término se ha enarbolado para defender los más absurdos argumentos, e incluso de forma lacerante y hasta perniciosa ha servido para pergeñar los más oscuros y perversos intereses”⁹³. Ejemplos de esta distorsión fueron las actuaciones contra la justicia y el derecho del movimiento nazi, “fundamentalmente irracionalista, porque exigía que la decisión judicial fuera tomada no con fundamento en los hechos o en los derechos preexistentes, sino en el así llamado Fiürer [sic] principio o voluntad del Fiürer”⁹⁴.

Un concepto tradicional de justicia en el derecho es el de ULPiano: la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Tal vez sea ésta la definición de justicia con más éxito en toda la historia del pensamiento jurídico, pero en realidad es una fórmula vacía⁹⁵, que en el derecho contemporáneo no representa la justicia material y tampoco la justicia procesal.

Se puede abordar un concepto de justicia dialogada, como lo hace GARCÍA: “la definición o determinación del concepto de justicia tendría por finalidad [...] ofrecer el marco dentro del cual se puede discurrir y hablar sobre el tema de lo justo [...] a cuya luz se debe establecer lo que en un caso concreto sea justo”⁹⁶.

En todo caso, para discutir sobre la justicia en el derecho, se requiere adoptar una escuela, una tendencia, como acertadamente lo expresa BOBBIO⁹⁷: de esta manera, el formalismo jurídico responde a una idea de justicia, “la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley”; también se estudia la justicia de los acuerdos, donde, “según el modelo convencional, no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero establecida una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia en infringirla [...] según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar”.

En este orden de ideas, para expresar siquiera una idea de justicia, con respecto a la aplicación del ordenamiento jurídico, se requiere adoptar una tendencia, escuela o paradigma.

El constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo⁹⁸ busca la justicia del derecho mediante la integración de los valores y principios⁹⁹ en el ordenamiento jurídico. De ahí surge a veces la idea de “justicia material prevaleciente” o de “justicia social”. Este ideal de justicia, si bien es cierto se convierte en un motor de cambio para la interpretación del derecho, puede fracasar si la tutela jurisdiccional se aparta abiertamente de las políticas públicas y de las políticas de gobierno.

En este marco de trabajo resulta defendible la idea de que la justicia, en el contexto jurídico,

concepción adversarial de la justicia civil, se encuentran numerosas manifestaciones de la idea fundamental”.

⁹³ MARIO RUIZ. “El mito de la justicia: entre dioses y humanos” en www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf (consultado el 6 de junio de 2008).

⁹⁴ TARUFFO. “La prueba, la verdad y la decisión judicial”, en *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p.103.

⁹⁵ Kelsen. *¿Qué es la justicia?*, cit. p. 45.

⁹⁶ GARCÍA. *Ensayos de filosofía*, Bogotá, Temis, 2003, p. 140.

⁹⁷ NORBERTO BOBBIO. *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2001, pp. 13-17.

⁹⁸ Al respecto: JUAN GARCÍA. “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Revista Berbiquí*, vol. 30, Medellín, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, 2005, p. 26; ANDREA MEROL. “*Iura novit curia* y decisión imparcial”, en revista *Polémica Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Antioquia, n.º 6, Medellín, Vieco, 2008, p. 68.

⁹⁹ MANUEL ATIENZA. *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 9: “El principio estructura un caso de forma abierta y la regla cerrada. Por eso Alexy llama a los principios mandatos de optimización, porque su cumplimiento depende de posibilidades fácticas y también jurídicas”.

parte de unos acuerdos constitucionales, sin desconocer que el punto de llegada de esta misma idea es la decisión jurisdiccional.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la representación de una idea de justicia material se fundamenta para algunos operadores jurídicos a partir del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial¹⁰⁰.

Sin embargo, el sentido de prevalencia que válidamente ha interpretado la Corte Constitucional¹⁰¹ da cuenta de la correspondencia que existe entre el nacimiento o la correcta aplicación del derecho sustancial y el respeto por las formas procesales. Esta interpretación se corresponde con la fórmula de interdependencias de CARNELUTTI: “El derecho sin proceso no podría acercarse a alcanzar su objetivo, no estaría el derecho en una palabra, aunque tampoco el proceso sin el derecho; el equilibrio entre los dos términos es circular”¹⁰². Y es desde esta misma perspectiva como lo ha consagrado el Código de Procedimiento Civil colombiano: “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”¹⁰³.

La prevalencia del derecho sustancial, entonces, puede entenderse como la protección a la tutela jurisdiccional efectiva frente a estructuras procedimentales rígidas. Por ejemplo, la Corte Constitucional, al revisar el rechazo de una tutela “con el argumento de que no se manifestó bajo la gravedad del juramento”¹⁰⁴, expone que “el carácter informal predicable de la acción de tutela torna imposible su asimilación estricta a otros procedimientos jurídicamente regulados y, por virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el trámite preferente y sumario que se imparte cada vez que el particular acude a este mecanismo protector no requiere la rígida observancia de todo el conjunto de formalidades propias de los procesos”¹⁰⁵.

En otra sentencia decidió la misma Corte tutelando sobre la falta de presentación de demanda escrita, “pues se parte del supuesto de que la posibilidad de escribir no está al alcance de toda la población, bien por analfabetismo [...]”¹⁰⁶. La Corte impide que en los procesos constitucionales como la tutela, “debido a errores de forma [...] se dejen de amparar efectivamente los derechos de personas afectadas”¹⁰⁷.

Cuando la Corte Constitucional aborda el tema de la prevalencia del derecho sustancial en el proceso civil, lo hace revisando la relación que existe entre las instituciones procesales y los principios que integran el debido proceso.

En este sentido, al decidir sobre una demanda en contra del recurso de revisión civil, la Corte

¹⁰⁰ Constitución Política de Colombia, art. 228: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

¹⁰¹ Cfr. entre otros: Corte Constitucional. Sentencia T-0191/93 de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL; Auto 010/96 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA; Sentencia T-352/94 de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, y Sentencia T-172/94 de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

¹⁰² CARNELUTTI. *Trattato del proceso civile*, cit., p. 33. En el mismo sentido, VITTORIO DENTI. “Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 735: “Perciò si è detto che l'estinzione ope legis del processo costituirebbe una inammissibile (sul piano costituzionale) limitazione del potere del giudice e della sua sovranità nell'applicazione del diritto sostanziale”.

¹⁰³ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 4.º.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-191/93 del 12 de mayo de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

¹⁰⁵ ÍD. Auto 010/96 del 26 de marzo de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁰⁶ ÍD. Sentencia T-352/94 del 24 de mayo de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

¹⁰⁷ ÍD. Sentencia T-172/94 del 11 de abril de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

dice que “sólo podría declarar inexecutable normas procesales que por sí mismas quebrantarán el debido proceso o una cualquiera de las normas de la Constitución”¹⁰⁸. Y decide que “la disposición acusada (art. 380 CPC) no contraría el derecho de defensa, el cual, por el contrario, es protegido de manera general con el recurso mismo de revisión [...] dicha disposición tampoco viola el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales [...] ya que los derechos sustantivos del impugnante presuntamente perjudicado por la sentencia atacada pueden ser reconocidos mediante el examen de ésta al culminar el procedimiento de revisión, sin que dicho resultado sufra mengua por la exclusión de la reforma de la demanda”¹⁰⁹.

En la doctrina hay por lo menos dos aspectos para tratar en relación con la aplicación prevaleciente del derecho sustancial: el primero de ellos es que hay una idea generalizada, mas no fundamentada, de que existe una especie de justicia sustancial o material a la que puede llegarse por fuera del procedimiento, incluso por fuera del proceso¹¹⁰; el segundo es la convicción de que la justicia en el derecho puede alcanzarse tras la aplicación exclusiva de valores, sin tener en cuenta la integralidad del ordenamiento jurídico.

En contra de lo que se cree, resulta plausible sostener que ambas tendencias conllevan a posturas contrarias a la función pública jurisdiccional, esto es a tener jueces proactivos, pensantes, creadores y directores del proceso.

La posibilidad de obtener una decisión judicial justa por fuera del proceso y del procedimiento es una idea que se entiende como reacción al modelo formal, pero que paradójicamente reafirma el modelo.

Los modelos formalistas de finales del siglo XIX han caído en desuso en el derecho occidental contemporáneo. Este formalismo –promovido tanto para el derecho sustancial como para el derecho procesal– proyecta la función del juez muchas veces repetida como la de “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

El juez está sometido a seguir la ley formal, dando siempre prevalencia a lo escrito por el legislador. Es un juez pasivo, incapaz de formular soluciones contextualizadas para un ámbito político-jurídico complejo. Su función se desarrolla desde el modelo positivista exegético o de ingenuo formalismo¹¹¹, que quedó en desuso a partir de las reformas de posguerra.

Entender literalmente que el juez aplica el derecho sustancial de una manera justa por fuera del proceso es una visión que se corresponde con la teoría de la “decisión vinculada”¹¹² que tiene como fundamento constitucional la tridivisión del poder y asume la ley como un sistema jurídico sustancial, como un sistema completo, claro y coherente.

¹⁰⁸ ÍD. Sentencia C-446/97 del 18 de febrero de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

¹⁰⁹ ÍD. Sentencia C-736/02 del 10 de septiembre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

¹¹⁰ Hoy es el caso de Italia, donde la reforma del código de procedimiento civil italiano, mediante el D. L. n.º 35/05, varía el proceso de cognición propiciando la exclusión del juez de la fase de fijación de los hechos y de las pruebas, lo cual impide su función de dirección y control, dejándolo relegado a órgano decisor sobre documentos. “Il disegno propone all’art. 16 un modello che prevede uno scambio, teoricamente illimitato, di scritture preparatorie tra gli avvocati, con termini minimi da concedere per le diverse repliche all’avversario e con il potere di scelta, assegnato fin dall’inizio a ciascuna delle parti [...] In linea di principio, le conclusioni che saranno scambiate davanti al giudice “non potranno essere diverse da quelle prese nelle precedenti scritture”. SERGIO CHARLIONI. “La riforma del codice processuale civile”, en [www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc] (consultado en diciembre de 2006).

¹¹¹ JUAN GARCÍA. *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 39: “Este positivismo decimonónico se basaba en una visión completamente idealizada del sistema jurídico, según la cual dicho sistema goza de tres maravillosas virtudes: es completo, es decir, no tiene lagunas; es coherente, lo que implica que no se dan en su seno antinomias; y es claro, lo que supone que sus normas o bien se contienen en enunciados que raramente plantean oscuridades o indeterminaciones semánticas y sintácticas”.

¹¹² JERZY WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, Gráficas Gonfer, 1987, p. 57: “El sistema jurídico es completo, cerrado y no contradictorio. Las contradicciones son aparentes y las lagunas son faltas técnicas del legislador que se llenan fácilmente por analogía de la voluntad legislativa”.

Aplicar el derecho sin procesarlo, equivocadamente, “presupone que la atribución de los derechos es obra exclusiva de la ley sustancial, concebida como operante en una dimensión diversa y en un momento anterior respecto a aquel en que entra en juego la jurisdicción. Ésta, por tanto, tendría sólo una función de determinación y eventualmente de restauración de la situación jurídica preexistente [...] En consecuencia, el papel del juez es esencialmente de afirmación del derecho sustancial preexistente”¹¹³.

Por lo demás, pueden también exponerse algunas consecuencias negativas que se desprenden de esta idea:

- Se niega la importancia que el mismo artículo 228 de la Constitución colombiana le otorga al proceso como institución pública y según el cual el proceso ha dejado de ser solo un instrumento¹¹⁴ para convertirse en el medio para que el juez realice su función; por ello ordena: “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”¹¹⁵.

- Se extirpan, por decir lo menos, las garantías del debido proceso, que se materializa en el proceso jurisdiccional por medio de los principios de legalidad y democracia.

- Se fortalecen las tendencias irracionales¹¹⁶ sobre la función y la decisión judicial, que empujan al juez a apartarse del ordenamiento jurídico y a aplicar sus propios ideales de equidad o de justicia, lo cual no solo vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, sino que desestima los derechos fundamentales de defensa y contradicción, y en especial una premisa estructural del derecho: “*Il diritto esiste s’esiste il fatto che lo fonda*”¹¹⁷.

La idea de que la justicia, en el derecho, puede alcanzarse tras la aplicación exclusiva de valores, tiene por lo menos dos sentidos:

El primero de ellos es la justicia a partir de valores, correspondiente con las teorías antiformalistas del derecho o doctrinas axiológicas¹¹⁸. Estas son concepciones confusas para el

¹¹³ TARUFFO. *La justicia civil*, cit., p. 140.

¹¹⁴ Ibíd., p. 139: “Uno de los principales aspectos de la concepción tradicional de la jurisdicción consiste en considerar el proceso como meramente subsidiario e instrumental respecto al derecho sustancial [...] Todo sujeto individual es, pues, titular de los derechos sustanciales que la ley le atribuye”.

¹¹⁵ Constitución Política de Colombia, art. 228.

¹¹⁶ TARUFFO. “La prueba, la verdad y la decisión judicial”, cit., p. 103: “Este problema de distinguir una ideología legal racional frente a ideologías irracionalistas no es un problema histórico de la Europa del medio siglo, sino que hoy en día sigue siendo un tema importante ya que contemporáneamente hay teorías o ideologías que están de moda o en boga, que son fundamentalmente irracionalistas. Así por ejemplo, en los veinte últimos años en E. U. se han desarrollado distintas teorías irracionalistas sobre la decisión judicial y la función judicial, y el profesor quiere advertirnos que así mismo ocurre en Italia y piensa que también en Colombia dada la fuerte influencia de Estados Unidos; por tanto es mejor estar en guardia frente a estas teorías irracionalista en boga. Según estas teorías el Juez no tendría que decidir conforme a los hechos o al derecho, sino conforme a características particulares del caso, características particulares de equidad, o a veces incluso a las características individuales, usualmente con el propósito de reparar daños previos sociales causados a estas personas. Estas teorías irracionalistas pueden ser apreciadas incluso desde un punto de vista político o moral, pero cuando se trasladan al campo de la decisión judicial terminan favoreciendo formas de decisión arbitraria caso por caso; basado en características meramente individuales”.

¹¹⁷ TARUFFO. “Onere della prova”, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Padua, Cedam, 1979, pp. 65-78: “Tali regole escludono infatti l’applicazione diretta di questa norma [sustancial], ma essa viene ugualmente presa in considerazione al fine di stabilire quali fatti avrebbero dovuto essere provati e quali sono le conseguenze della loro mancanza di prova”.

¹¹⁸ GARCÍA. *Interpretación y aplicación*, cit., pp. 42-43: “Las doctrinas que llamo axiológicas se sintetizarían en las siguientes notas principales: i) el sistema jurídico se cimenta sobre un sistema o conjunto ordenado de valores que son su base y le dan su sentido último y más determinante; ii) dichos contenidos valorativos, que son la esencia del sistema jurídico, tratan de expresarse por medio de los enunciados normativos contenidos en los cuerpos jurídicos [...] estas teorías axiológicas de la interpretación con la versión contemporánea de aquel formalismo radical que en el siglo XIX era propio del positivismo ingenuo [...] tienen un fuerte componente metafísico e idealista que se traduce, ante todo, en la convicción de que el derecho no es una realidad lingüística (como cree cierto positivismo contemporáneo) ni empírica (como creen las teorías del derecho de corte realista y sociológico), sino que se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso de la mejor manera la justicia y el bien, y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo [...] estas teorías axiológicas del derecho y de la interpretación presuponen que existen semejantes esencias valorativas precisas y contenedoras de la solución más justa para todos los casos en derecho, y que, además, son perfectamente cognoscibles y, muy en particular, cognoscibles por los jueces”.

derecho occidental porque se relacionan con las teorías de la libre decisión, especialmente con la escuela radical¹¹⁹, que lleva al juez a construir decisiones con base en su íntima convicción y a desestimar por completo el ordenamiento jurídico.

Estas tendencias no presentan un método claro para la aplicación del derecho mediante los valores y tampoco desarrollan un método o modelo que pueda ser controvertido por las partes, en desarrollo del principio democrático.

Es el caso de LÓPEZ, quien afirma: “Por teorías reformistas del derecho entiendo todas aquellas tradiciones de análisis jurídico que se propusieron anunciar, desde finales del siglo XIX y a lo largo del XX y en diferente grado de intensidad y compromiso, las deficiencias de la teoría tradicional del derecho descrita a grandes rasgos como ‘formalista’, ‘exegética’, ‘conceptualista’ y ‘mecánica’ ”¹²⁰.

El segundo sentido que se encuentra en la idea de la justicia a partir de la aplicación de valores y también de principios es el de la aplicación integral del ordenamiento jurídico como un sistema de fuentes. En este sistema, los valores ocupan un lugar y cumplen con unas finalidades específicas.

Este sentido corresponde al estudio y la aplicación del derecho como un sistema complejo. En él interactúan, entre otros, la Constitución –con un alto componente de normas principio y normas valor–, el bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales, la ley en sus diversas jerarquías, la jurisprudencia –especialmente aquella que contiene *ratio decidendi*–, y en el último eslabón, pero no por ello menos importante, el acto administrativo y el contrato.

Esta estructura integradora permite, razonablemente, respetando los derechos de legalidad, contradicción y democracia, aplicar el derecho en forma de principios y valores, positivados en alguna de las fuentes del derecho. De esta manera contribuye a la elaboración de la “decisión racional”¹²¹.

A esto se debe agregar la idea de la justicia como aplicación de valores y principios, que puede abordarse desde un principio: el debido proceso. Éste se consagra en la Constitución colombiana como un derecho fundamental, pero su naturaleza jurídica mixta lo presenta como la columna vertebral del derecho procesal.

El debido proceso supera la idea tradicional de justicia procesal “instrumental”. Supera el paradigma de la sistemática procesal, a través del “procedimentalismo”, y eleva el concepto de proceso al proceso justo o debido¹²², que no está compuesto por etapas o por términos, sino por principios y garantías constitucionales.

La naturaleza jurídica del debido proceso es mixta porque es un derecho sustancial reclamable, es un fin en sí mismo. Cada uno de los principios que lo componen¹²³ puede ser reclamado por

¹¹⁹ “La ideología de la libre decisión judicial. Nace como la antítesis de la decisión vinculada. Es el antiformalismo o anti positivismo, que surge cuando el Estado liberal da paso al monopolismo y al intervencionismo, lo que hace que el positivismo pierda su influencia. La oposición parlamentaria socialista hace resurgir el conflicto entre desigualdad material de clases y libertad formal, por lo que el derecho deja de ser considerado encarnación del derecho natural que no tiene existencia autónoma. La libre decisión no está afiliada a ninguna ideología política determinada, pero en realidad solo fue afirmada por el movimiento del Estado nazi. Su centro de atención lo pone en los valores jurídicos más que en los políticos; rechaza la concepción positivista del derecho y de la ley porque esta no puede determinar las decisiones judiciales; define solo los límites en que el juez debe decidir; las leyes forman un sistema defectuoso. La intervención del juez frente a la ley es necesariamente creativa y busca las fuentes del derecho fuera de los textos legales [...] En esta corriente de pensamiento hay dos tendencias: los radicales, que desprecian la ley, la decisión es tomada de una forma totalmente emotiva, por intuición del caso concreto que debe ser decidido en forma justa y equitativa a partir de la valoración del juez [...] y los moderados, que no niegan la importancia de las leyes ni la necesidad de un orden jurídico [...] pero subrayan la necesidad de creación *praeter legem*”: WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, cit., pp. 59-60.

¹²⁰ DIEGO LÓPEZ. *El derecho de los jueces*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2006, p. 269.

¹²¹ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 61.

¹²² Para Colombia, la Constitución Política de 1991 consagra el debido proceso en el artículo 29. En Italia, la Constitución de 1948 consagró el justo proceso en el artículo 24. Ambas estructuras son asimilables.

¹²³ Constitución Política de Colombia, art. 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

cualquier persona individual o colectiva, y tendrá protección prevaleciente por medio de la tutela.

Por otro lado, el debido proceso ostenta naturaleza procesal, porque es un entramado de garantías que tienen que permear todos los procedimientos o actos administrativos.

Dice DENTI¹²⁴ que la garantía del “justo proceso” representa en efecto uno de los dos grandes temas del iusnaturalismo procesal que tiene su origen en el artículo 10.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948. En el mismo sentido, LACHINA¹²⁵ reafirma la doble finalidad del proceso debido: “Decimos que el intérprete viene a encontrarse en la condición de aquel que ve los árboles pero no el bosque. Este propiamente es el tema del justo proceso”.

No obstante la nueva estructura constitucional del proceso como derecho fundamental, el estudio del derecho procesal colombiano ha tenido una evolución bastante lenta aun después de la proclamación de la Constitución Política de 1991. Se ha priorizado su análisis como “instrumento” antes que como una garantía constitucional. Es una tradición que se fundamenta en el estudio de procedimientos.

Parten de ahí claros síntomas de disfuncionalidad, que ha impedido al derecho procesal evolucionar hacia un concepto de justicia en el proceso. Al respecto pueden mencionarse por lo menos dos:

1. El proceso se entiende únicamente como el marco de desarrollo para el enfrentamiento *inter partes*. La evolución lenta de sus instituciones lleva a la adopción de ideologías ya superadas.

En palabras de TARUFFO¹²⁶: “Queda por fuera del horizonte de esta orientación teórica e ideológica la idea de que el proceso civil sirva para garantizar y asegurar la legalidad en general, a través de la efectiva y puntual actuación de los derechos de los particulares, por medio de decisiones verdaderas y justas”.

2. Se entiende el derecho procesal única y exclusivamente desde la concepción restringida de codificación. Es importante recordar que el formalismo de finales del siglo XIX irradió todo el derecho: “Del mismo modo que los códigos civiles decimonónicos representan, según la feliz definición de Arnaud, la cristalización de las reglas del juego de la paz burguesa, los códigos procesales y la ideología que los justifica y los interpreta reflejan los criterios de la libre competencia de los intereses económicos privados en sede jurisdiccional”¹²⁷.

Peor aún, se estudia el derecho procesal haciendo referencia meramente tangencial a la Constitución política de 1991, como si los principios constitucionales no tuvieran efecto trascendental y protagónico en la nueva estructura del derecho procesal constitucional y como si todavía no se hubiera generado la constitucionalización de los procedimientos.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

¹²⁴ DENTI. “Valori costituzionali e cultura processuale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 443-464: “Il diritto alla equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale”.

¹²⁵ SERGIO LACHINA. “Giusto processo, laboriosa utopia”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2005, pp. 1111-1126: “Diciamo pure che l’interprete viene a trovarsi nella condizione di colui che vede gli alberi ma non la foresta. È proprio il tema del giusto processo [...] trascuriamo altresí per un momento la diatriba sulla vera natura della norma innovativa o invece meramente ricognitiva di valori già codificati a livello di legge ordinaria e già coperti di riconoscimento costituzionale ed anche di diritto internazionale convenzionale”.

¹²⁶ TARUFFO. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 140.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 153.

2. Apuntes sobre el derecho procesal y la prevalencia del derecho sustancial

La aplicación del derecho procesal como garantía constitucional implica abordar su estudio desde una relación de principios, integradores del derecho fundamental al debido proceso. El proceso no es ya un simple instrumento.

Se da prioridad al estudio de la decisión judicial y de la valoración de la prueba como ejes centrales para la función jurisdiccional justa. Incluso se habla hoy del derecho a intervenir en el éxito del proceso como parte de los derechos democráticos¹²⁸.

Estas variaciones en el estudio del derecho procesal le permitirán al juez interactuar fluidamente con otras instituciones en evolución:

- La creación jurídica del juez se realiza no sólo con la reconstrucción del caso y su comparación con la ley preexistente. El juez avanza hacia el análisis hermenéutico agudo que le exige el ordenamiento como sistema complejo.

- La creación del derecho sustancial tradicionalmente fue obra del legislador, pero contemporáneamente, en América Latina y en el mundo, existen diversos órganos e instituciones de creación para la normativa sustancial: el legislador y el ejecutivo que tiene por disposición constitucional la reglamentación de la ley, en muchos casos; la jurisprudencia, que mediante la *ratio decidendi* es una fuente de consulta permanente en materia de reglas sustanciales; en los negocios transnacionales, de otra parte, son más fuertes las opiniones de las oficinas de abogados reconocidos que los tratados internacionales, y cada vez más negocios se desarrollan por fuera del dominio del Estado-Nación.

- La lógica de creación de la norma sustancial avanza hacia una propuesta social y colectiva, antes que individual. Ahora se habla de derechos colectivos, de derechos difusos y de acciones grupales con mayor fuerza que aquellas individuales.

- Los derechos y los deberes ciudadanos tienen ahora una lectura desde los principios constitucionales prevalentemente: “Este contexto funcional implica una idea sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho. El derecho se crea, aplica y funciona en el contexto de diferentes hechos psico-sociales, incluidas las normas extralegales y otros factores condicionantes como economía, política, cultura general”¹²⁹.

- El sentido de justicia se focaliza en lograr decisiones válidas y justas (sin desestimar el ordenamiento jurídico). Estas decisiones justas se miden, como lo dice TARUFFO¹³⁰, con, por lo menos, el cumplimiento de cuatro elementos estructurales: “La determinación con veracidad de los hechos fundantes del conflicto, la enunciación de medios de prueba adecuados y su correcta valoración, la adecuación de un procedimiento válido para el caso y, por último, la interpretación válida del conjunto de normas sustanciales que fundamentarán los argumentos de la decisión”.

En esta dimensión, el proceso es un sistema de garantías constitucionales: el debido proceso. Esto corresponde a la evolución del paradigma de la instrumentalidad. Como lo expuso DENTI, “la estricta unión entre el derecho sustancial y el derecho procesal tiene envuelto el moderno rol de garantía del juez, el principio que mejor expresa este rol es el del debido proceso que trasciende la garantía meramente procesal y reviste la tutela también sobre el plano sustancial de los derechos constitucionalmente garantizados”¹³¹.

¹²⁸ TROCKER. *Processo civile e Costituzione*, cit., p. 340.

¹²⁹ WRÓBLESKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (traducción de ARANTXA AZURZA), Madrid, Civitas, 1985, p. 45.

¹³⁰ TARUFFO. “La prueba, la verdad y la decisión judicial”, cit., p. 102.

¹³¹ DENTI. “Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo”, cit., p. 731: “Nello stretto collegamento tra diritto sostanziale e diritto processuale, va colto il *proprium* del moderno ruolo di garanzia del giudice. Non per nulla il principio che meglio esprime oggi questo ruolo, quello del *due process of law*, ha una portata che trascende le garanzie meramente processuali ed investe la tutela, anche sul piano sostanziale dei diritti costituzionalmente garantiti”.

De ahí que la sentencia se convierta en el eje prioritario de estudio en el proceso, porque en la unión entre derecho procesal y derecho sustancial, mediante un sistema de garantías, “nada hay más sustancial en la vida del derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia”¹³².

La decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico, porque nace en la representación de aquel que propone el caso. Es importante verificar la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido porque esto le da solvencia al juez para decidir con argumentos válidos.

El juez, además, para decidir, debe controlar que los medios de prueba sean idóneos para la demostración de los hechos jurídicos, y validar una correcta interpretación de ellos. También ha de elegir una fórmula desde el ordenamiento jurídico, que sea aplicable al caso, permitiendo, como se verá posteriormente, la previa contradicción de parte.

Por último, el juez debe precisar una decisión “justa”, debidamente argumentada y motivada. La sociedad debe comprender la decisión porque “la cultura jurídica contemporánea exige la justificación de la decisión en cualquier sistema: *common law* o *civil law* esto es, que la decisión sea racionalmente presentada y racionalmente controlada”¹³³.

Resulta en este punto oportuno sostener que el debido proceso, como determinación de corrección y certeza en la decisión, necesita de un juez Hermes, por naturaleza un gran comunicador¹³⁴.

El juez del derecho contemporáneo supera al juez Hércules porque “la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho [...] ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social”¹³⁵.

3. Tensiones ideológicas

Se requiere de mucho tiempo para cambiar paradigmas e ideologías. Como lo expone ZULETA, la ideología “tiene una fuerza inmensa, porque no es simplemente un error subjetivo. Si se tratara de un simple desenfoco personal, una demostración sería suficiente para disolverla [...] como la ideología está encarnada, como hace parte de un modo de vida y no se reduce simplemente a una opinión o a una desviación mental, la refutación no es nunca suficiente para ‘superarla’ ”¹³⁶. Se trata, pues, de trabajar por la evolución de las tradiciones procesales que se han seguido por décadas.

Para lograr estos cambios no son necesarias posturas radicalizadas como la de LÓPEZ: “[...] derecho tradicional [...] completa separación entre derecho y moral [...] Nuevo derecho [...]

¹³² SANTIAGO SENTÍS MELENDO. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, EJE, 1978, p. 19.

¹³³ WRÓBLESKY. *Constitución y teoría general*, cit., pp. 59-62.

¹³⁴ ELVIA GONZÁLEZ. *La hermenéutica*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 19: “Al ser negado el acceso a los oráculos, a Hermes también se le negó la virtud de predecir la verdad; la verdad no es asunto de Hermes, por tanto no tiene nada que ver con lo que es falso o cierto, mas sí con las relaciones analógicas, con las conexiones, con las paradojas: peligro y protección, terror y confianza, certeza y extravío, pérdida y ganancia, malicia y benevolencia, muestra el camino y puede descarriarse, anuncia notables silencios que invaden las conversaciones más animadas; en este estado de dicotomías no hay separación ni ruptura, lo absoluto nada tiene que ver con Hermes; su esencia es la libertad y el brillo, en consecuencia *es un dios fundamentalmente no autoritario*” (cursiva añadida).

¹³⁵ TARUFFO. *La justicia civil*, cit., p. 141.

¹³⁶ ESTANISLAO ZULETA. “Acerca de la ideología”, en *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, Cali, Feriva, 1994, pp. 86-87.

acercamiento entre derecho y moral, entre reglas jurisdiccionales y responsabilidad moral y política”¹³⁷. Esta polarización no se conecta con las teorías del derecho como un sistema complejo que admite la integración racional del derecho y la ética en las decisiones del juez.

Se trata de respetar la función pública del juez, relacionada directamente con una estructura política y jurídica, no de obligarlo a cargar con el peso de una etérea forma de justicia material – que nunca podrá hacer realidad–. Es una falacia que no se puede sostener, la de identificar al juez con la “realización de visiones de justicia material [...] –virtudes activas– que lo ponen en contacto por ejemplo con funciones de ordenación y administración del gasto público”¹³⁸.

La evolución del derecho se impulsa en un avance hacia la interdisciplinariedad para que el ordenamiento jurídico pueda interpretarse y aplicarse holísticamente y responda a las necesidades internas y transnacionales de la sociedad moderna. Consiste en cambios ideológicos que implican repensar las actividades y las funciones que tienen relación con la justicia en el proceso, una justicia muy alejada de aquella que se proclama en el mal llamado nuevo derecho, donde “la retórica judicial subraya el papel de la justicia sustantiva”¹³⁹.

La ley procesal debe fortalecerse en su efectividad y su eficacia; la lentitud y la saturación son fenómenos internacionales, pero indudablemente llevan a un desgobierno del proceso. Se debe “propender por que [sic] sus procedimientos sean adaptados a las nuevas exigencias de la justicia, fortaleciendo una igualdad más real y menos formal de partes, y evitando el control de las partes económicamente fuertes o de los abogados más astutos”¹⁴⁰.

El órgano jurisdiccional debe replantear una estructura menos jerárquica¹⁴¹, que contraste con la labor social que le ha encargado el Estado. Una estructura más plana, menos burocrática y más abierta al diálogo mejora lo que DAMASKA¹⁴² llama la permanente relectura de expedientes cada vez más gruesos y por funcionarios diversos.

El órgano legislativo puede propender a una enunciación de leyes más científicas. Se puede continuar con la implementación de normas foráneas, pero este debe ser un trabajo que paralelamente permita la combinación de diferentes culturas y contextos. Se trataría, así, de “cómo leer una cultura diversa, desde el punto de vista de mi cultura, usando ideas, conceptos, valores y creencias que constituyen la otra cultura”¹⁴³.

La eficacia en la interpretación pende de la claridad de la norma y del intérprete, que puede ser una real intersección entre dos posiciones o una marca de inflexibilidad que genere el máximo grado de incomprensión idiomática e institucional. “Ordenamientos jurídicos relativamente cercanos, incluso derivados de la misma familia, pueden ser tan diferentes que ni el concepto de derecho les sea común; la explicación a esto es que en la enunciación de una norma, influye la

¹³⁷ LÓPEZ. *El derecho de los jueces*, cit., pp. 323-324.

¹³⁸ *Ibíd.*, pp. 323-324.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 342.

¹⁴⁰ LACHINA. *Ob. cit.*, p. 1117: “Lo scopo istituzionale del processo resta pur sempre la disparità finale sostanziale, lo squilibrio netto tra vincitore e sconfitto, e per raggiungere questo esito sostanziale, che a rigore resterebbe fuori del tema della parità processuale”.

¹⁴¹ ALESSANDRO PIZZORUSSO; GIUSEPPE VOLPE; FEDERICO SORRENTINO y RENATO MORETTI. *Comentario della costituzione. La magistratura*, tomo III, Bologna, Zanichelli, 1992, pp. 107-108: “Este modelo hace de la magistratura una parte de la administración pública, asignándole limitadas garantías de independencia a los órganos judiciales”.

¹⁴² DAMASKA. *I volti della giustizia*, cit., p. 101: “Il materiale raccolto nel corso del tempo dai vari funzionari deve essere raggruppato per la decisione, e si devono conservare tracce dell’attività dell’ufficio per futuri riesami. I funzionari incaricati delle fasi processuali devono quindi conservare fascicoli per assicurare la completezza e l’autenticità della documentazione. Come affluenti di un fiume sempre più grande, i fascicoli tenuti dai funzionari inferiori vengono incorporati nei sempre più voluminosi fascicoli dei loro superiori”.

¹⁴³ ÍD. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, en *Reformas a la justicia penal en las Américas*, www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal (consultada en junio de 2007).

política, la cultura, las costumbres”¹⁴⁴.

4. Nuevos roles del proceso

Los aspectos más relevantes que le imprime el debido proceso al derecho terminan con la absurda contraposición entre el derecho sustancial y el derecho procesal¹⁴⁵, porque el debido proceso establece estructuras y garantías en favor del ciudadano, y la garantía es un “plus” que se establece sobre la sustancia y el procedimiento¹⁴⁶: “Es a menudo la jurisdicción, y no la legislación sustancial, la que atribuye relevancia jurídica a intereses y situaciones de hecho”¹⁴⁷. Este es el juez que crea derecho sustancial, que complementa la norma o le da una novedosa interpretación, pero siempre actuará bajo el debido proceso.

“[...] el legislador sustancial es incapaz de seguir de cerca la evolución de la sociedad y de sus problemas, y de satisfacer de una manera adecuada la necesidad de derecho que ésta expresa. Corresponde al juez, cada vez con más frecuencia, hacer aquello de que el legislador no es capaz, o sea, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos.”¹⁴⁸ Ejemplos comunes se encuentran en el servicio público de salud a cargo del Estado y la multiplicidad de derechos que en conexidad con la vida ha protegido el juez colombiano por medio de la tutela. Este es el juez que garantiza la evolución del derecho hacia la realidad social en correspondencia con las necesidades de los ciudadanos, pero lo hace mediante la racionalidad en la decisión.

“[...] es sabido que muchos de los llamados nuevos derechos tienen origen en la creación jurisprudencial que da cuerpo y sustancia a principios generales de justicia y a la necesidad de tutela.”¹⁴⁹ Este es el juez que legisla, pero que siempre se valida por medio del debido proceso y de la decisión racional-justa.

[...] hace tiempo que se ha constatado, desde una perspectiva más realista que la de la dogmática imperante en Europa, que en muchos casos remedies precede rights, es decir, que sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados y reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales. Así se invierte el planteamiento tradicional: la jurisdicción ya no es secundaria o subsidiaria respecto al derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma creadora de derecho sustancial¹⁵⁰.

¹⁴⁴ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., pp. 74-75: “Si se mira el mundo de los ordenamientos de *civil law*, el problema de los modelos procesales se presenta aún más complejo, a tal punto que parece en verdad imposible hablar racionalmente de un modelo de *civil law*. Se pueden subrayar dos aspectos importantes a) en realidad no ha existido nunca un modelo homogéneo y unitario de proceso civil de *civil law*. Y b) en los últimos decenios se han producido tantas y tales transformaciones en varios ordenamientos procesales, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia de manera sintética y unitaria a los modelos tradicionales”.

¹⁴⁵ COMOGLIO. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padua, Cedam, 1969, p. 37: “Così intesa, la garanzia costituzionale dell'azione finisce col superare la rigida distinzione fra diritto sostanziale e diritto processuale, inquadrandosi con maggiore efficacia nel contesto delle altre guarenteige”.

¹⁴⁶ TROCKER. *Proceso civile e Costituzione*, cit., p. 601: “Si é giustamente notato infatti che le costituzionale guarantee, in se stesse, non sono né ‘sostanziali’ né ‘processuali’: o, meglio, sono indifferentemente suscettibili dell’una o dell’altra qualificazione [...] dal momento che il contenuto garantistico della norma costituzionale, sottraendosi al dominio cui sottostà la norma ordinaria, sembra integrare una qualcosa di più e di diverso, rispetto ad ogni altra proposizione normativa, un *quid* che si colloca al di sopra e al di fuori della contrapposizione fra *substance* e *procedure*”.

¹⁴⁷ TARUFFO. *La justicia civil*, cit., p. 140.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 141.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 140.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 141.

Ya no es la preexistencia del derecho sustancial lo que permite el desarrollo del proceso ni mucho menos el despliegue de la función del juez. Esta es la tendencia hacia la justicia abierta para las situaciones de necesidad, bien sea preventiva o resarcitoria. En este sentido se deben pensar instrumentos procesales adecuados, capaces de permitir al juez tomar una decisión efectiva y realizable en la sociedad.

Se puede afirmar, entonces, que una idea de justicia en el derecho contemporáneo está directamente vinculada con la garantía del debido proceso. Como sostiene MARENGO, “la objetividad no consiste en la verificabilidad empírica, sino en la inter subjetividad de los criterios”¹⁵¹.

D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la función y finalidad del proceso civil en Colombia

En el análisis de la jurisprudencia se debe tener presente que se generan cambios importantes a partir de la Constitución Política de 1991. Uno de estos cambios fundamentales fue el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, primer elemento que analiza la Corte Constitucional para concluir sobre una función mixta, donde se vierten intereses del Estado y se persiguen fines privados.

El Estado colombiano se materializa en una conjunción de elementos estructurales como son: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”¹⁵². De igual manera, “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”¹⁵³ y como demostración de autoridad indica la propia Carta que “la Constitución es norma de normas”¹⁵⁴.

Esta estructura compleja es ratificada por la Corte Constitucional cuando dice: “La Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un Estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales”¹⁵⁵.

En ese sentido, el núcleo de construcción para el Estado social de derecho se encuentra en la dignidad humana, porque en ella confluyen el respeto por la colectividad y el ciudadano. Se

¹⁵¹ “L’obiettività non consiste nella verificabilità empirica, ma semplicemente nella intersoggettività dei criteri”: ROBERTO MARENGO. *La discrezionalità del giudice civile*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 178.

¹⁵² Constitución Política de Colombia, art. 2.º: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

¹⁵³ *Ibíd.*, art. 5.º: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 4.º: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-220/97 del 29 de abril de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

confirma la importancia que tienen para el Estado los derechos del individuo en estrecha armonía con los principios colectivos.

Esta conjunción de elementos establece una concepción garantista de las funciones públicas e imprime una dinámica adicional a los intereses particulares o privados, en la función jurisdiccional: aportar a la materialización de las garantías constitucionales y propender a la protección prevaleciente de los derechos fundamentales.

Es así como la Corte da cuenta del cambio de la función del juez: “El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales”¹⁵⁶.

Esta proyección de políticas públicas indefectiblemente permite establecer en el proceso civil colombiano una tendencia publicista que interactúa con los intereses privados.

Se complementa la función hermenéutica de la ley con los valores y principios constitucionales para que el juez pueda tener “una mejor comunicación con la sociedad”¹⁵⁷, lo cual significa una función más activa en la dirección del proceso y en la depuración del litigio: en la confirmación del hecho, en la relevancia y la valoración de la prueba, y por supuesto en la elección de las normas para la solución del caso.

Se propende a una reconfiguración de las competencias en las funciones del Estado: “El órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos [...] Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo”¹⁵⁸.

Se da paso a una mayor amplitud en la función del juez, para que comparta, con el legislador, en primera línea, el contacto con la sociedad y sus necesidades: “El juez, al poner en relación la Constitución sus principios y sus normas con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”¹⁵⁹.

En esta proyección, la función del juez es pública y multifuncional para “materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano”¹⁶⁰.

El juez propende a la solución del conflicto intersubjetivo de intereses, pero en igual medida debe esforzarse por “remover las inequidades que se hubiesen podido presentar en razón de la aplicación de normas declaradas contrarias al ordenamiento constitucional”¹⁶¹. Esta es una

¹⁵⁶ Ver sentencias de la Corte Constitucional: C-037/00 del 26 de enero de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, y T-406/92 del 17 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

¹⁵⁷ ÍD. Sentencia C-037/00 del 26 de enero de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ ÍD. Sentencia C-037/00 del 26 de enero de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁶⁰ ÍD. Sentencia SU 846/00 del 6 de julio de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

¹⁶¹ Ídem.

actividad permanente de control constitucional por vía de excepción.

Y esta actividad permanente, que puede llamarse mixta, en la función judicial, está presente también en el proceso civil: en efecto, en “la mayoría de las legislaciones el proceso civil ha sido prevalentemente dispositivo y el penal prevalentemente inquisitivo. Sin embargo, en el derecho comparado el primero puede calificarse hoy en día como mixto, pues el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso [...] no obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento”¹⁶².

De tal forma que la mismas cualidades mixtas se descubren por la Corte en el proceso civil colombiano, que “es dispositivo por cuanto las partes inician el proceso por demanda y lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan y piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por el demandado (principio de congruencia). Sin embargo, es inquisitivo en cuanto a que el juez impulsa el proceso y decreta pruebas de oficio en primera o en segunda instancia, puede oficiosamente declarar probadas las excepciones de mérito cuando se encuentren probados los hechos que las constituyan, y emplear los poderes que la ley le otorga para evitar fallos inhibitorios, nulidades y castigar el fraude procesal”¹⁶³.

Esta finalidad bipartita también se encuentra reglada en el Código de Procedimiento Civil colombiano, donde expresamente se ordena la iniciación a instancia de parte¹⁶⁴, pero se advierta al juez que las dudas que surjan se resolverán aplicando los principios generales del derecho procesal de tal manera que se respeten las garantías de la Constitución¹⁶⁵.

Esta adopción de la finalidad mixta en el mismo texto del código de procedimiento civil lleva a la Corte a establecer la conexión directa con los principios constitucionales, con lo cual se exige al juez civil cumplir “su misión de verdadero director del proceso [...] decretando oficiosamente las pruebas necesarias para la verificación de los hechos objeto del proceso, castigue la deslealtad y la mala fe, integre el contradictorio, evite las sentencias inhibitorias mediante la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho procesal, y evite la morosidad en la decisión, todo lo cual hace que si se cumplen tales deberes, se habrá cumplido el objeto primordial del proceso, que es la debida aplicación de la justicia y la búsqueda de la verdad”¹⁶⁶.

Estas son las cargas de una función pública, por eso el juez no solo debe cumplirlas, sino que además tiene que hacerlo porque su desatención lo enfrenta con la “responsabilidad disciplinaria”¹⁶⁷.

La Corte Constitucional es clara: “No rige más entre nosotros el esquema dispositivo, en donde la responsabilidad por el adelantamiento del trámite competía a las partes, pues ahora es el juez el verdadero impulsor del proceso, para lo cual la ley le atribuye poderes suficientes y le señala

¹⁶² ÍD. Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Código de Procedimiento Civil, art. 2.º: *Iniciación e impulso de los procesos*. “Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio. Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya”.

¹⁶⁵ Ibíd., art. 4.º: *Interpretación de las normas procesales*. “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”.

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹⁶⁷ Ídem.

deberes y responsabilidades ineludibles. A la raíz de esta renovada visión legal del procedimiento subyace sin duda una nueva concepción que estima que el proceso civil involucra siempre un interés público. Este interés consiste en dar real aplicación al derecho de acceso a la Administración de Justicia mediante la obtención de un fallo proferido oportunamente y que resuelva en el fondo el asunto sometido a la Jurisdicción, como garantía de la convivencia pacífica entre los asociados”¹⁶⁸.

Esta postura se entiende como una redistribución de cargas y responsabilidades para los sujetos procesales porque “el proceso civil es de interés público, busca la verdad real y la realización de la justicia. Es decir, que no obstante que existan asuntos que corresponden al ámbito particular de las partes [...] al estar previstas en la ley, realizan el concepto de que ‘las normas procesales son de orden público’”¹⁶⁹.

Es la misma concepción de la administración de justicia como una función pública¹⁷⁰ y la corroboración del Código de Procedimiento Civil según el cual las normas procesales pertenecen al ámbito jurídico público¹⁷¹, lo cual es contundentemente expuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias.

La administración de justicia como una función pública produce cambios en la estructura del proceso y en su finalidad, lo que a su vez exige redistribución en los derechos y obligaciones de los sujetos procesales.

E. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la función y finalidad del proceso civil en Colombia

La Corte Suprema de Justicia permite dar cuenta de varias posturas relacionadas con el tema que se analiza. La primera pieza jurisprudencial corresponde a la función privada del proceso civil y el respeto que se debe tener por el sistema dispositivo:

La Corte reconoce en primer término una función privada, derivada del principio dispositivo en el proceso civil colombiano, cuando afirma: “No ofrece discusión que entre la sentencia, la demanda y su contestación, debe existir una estrecha alianza material, al punto que la primera – por regla– debe guardarse de sobrepasar los límites que le impongan las últimas. Y ello es así, porque la congruencia, enmarcada dentro del principio dispositivo que informa el Código de procedimiento civil, constituye postulado que limita el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado y, al propio tiempo, garantiza el derecho de defensa, en cuanto manda que los fallos judiciales ‘deben inscribirse dentro del marco trazado por las partes, en las oportunidades positivamente previstas para ello’ ”¹⁷².

En desarrollo de esta congruencia, la Corte indica a los jueces que deben acatar las reglas del artículo 305¹⁷³ del Código de Procedimiento Civil, en “una adecuada labor de precisión objetiva de

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ ÍD. Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

¹⁷⁰ Constitución Política de Colombia, art. 228: “La Administración de Justicia es función pública. [...] Las actuaciones serán públicas y permanentes”.

¹⁷¹ Código de Procedimiento Civil art. 6.º: “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC-008/05 del 14 de enero de 2005, exp. 25899 3184 001 1997 5673, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

¹⁷³ Código de Procedimiento Civil de Colombia, art. 305: *Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 135. Congruencias.* “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código

los extremos del litigio (pretensiones, hechos y excepciones), con el propósito de enmarcar en ellos –y sin perjuicio de los pronunciamientos oficiosos que la ley autoriza en ciertos casos–, la decisión con la que concluirá la actividad judicial”. Si esta congruencia no es respetada, el fallo puede ser atacado por vía de casación.

En otro pronunciamiento, la Corte expone que la decisión del juez debe ser consecuente con los hechos de la pretensión “a consecuencia del principio dispositivo que impera en esta jurisdicción [...] de ahí que al desatar el litigio sometido a su definición, esté llamado a decidir sobre las pretensiones elevadas pero basado en los hechos en ella consignados”¹⁷⁴.

No puede el juez, so pretexto del cumplimiento de una función pública, sobrepasar los límites establecidos en el *factum* de la pretensión; y advierte la Corte que “el juzgador cometerá yerro fáctico si al interpretar la demanda se aparta de los lineamientos recién aludidos, pues, en tal supuesto, podría tergiversar el texto de la pieza inicial del proceso o cercenar su contenido original, falencias que, de presentarse, configurarían la causal de casación arriba determinada, en la medida en que fueren evidentes y trascendentes”¹⁷⁵.

Igualmente, en la revisión de responsabilidades contractuales, la alta corporación advierte la importancia de respetar la función privada del derecho civil, de tal forma que, “teniendo en cuenta el contrato realizado por las partes, la Corte se circunscribirá a los específicos aspectos señalados en la acusación, que determinan, como es sabido, el espacio o el límite dentro del que exclusivamente puede moverse la corporación en su labor como Tribunal de casación, todo en desarrollo del principio dispositivo”¹⁷⁶.

Esta posición de respeto a los elementos dispositivos que se encuentran en el proceso civil es más estricta cuando se refiere al recurso de casación, ya que, según la Corte, el recurso de casación “no puede aplicarse [...] con una dosis de oficiosidad que repugna esos perfiles de la casación”¹⁷⁷.

Sin embargo, como se había anunciado, la Corte Suprema de Justicia también reconoce, como lo hace la Corte Constitucional, que el proceso civil colombiano cumple una función pública. En desarrollo de esta función, el juez no puede tener una mera “actitud pasiva o de mero espectador, así su actuación, ‘prima facie’, esté formalmente en consonancia con lo dispuesto por una determinada norma”¹⁷⁸.

El juez debe comportarse como un buen director del proceso, vigilando la corrección del procedimiento y la adecuada comprobación del *factum*: para ello debe “hacer uso de las facultades consagradas por el Código de procedimiento civil y demás disposiciones concordantes y aplicables para lograr, no solo el impulso del proceso sino la comprobación de los supuestos fácticos dentro del mismo, para lo cual goza, entre otras alternativas, de la posibilidad de decretar pruebas de oficio”¹⁷⁹.

contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SCC-00055/07 del 9 de julio de 2007, exp.23417-31-03-001-2001-00055-01, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

¹⁷⁵ ÍD. Sentencia SCC-00055/07 del 9 de julio de 2007, exp.23417-31-03-001-2001-00055-01, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

¹⁷⁶ ÍD. Sentencia SC-010/05 del 19 de enero de 2005, exp. 7854, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

¹⁷⁷ ÍD. Sentencia CSJ SCC-2287/05 del 26 de enero de 2005, exp. 7854, M. P.: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ.

¹⁷⁸ ÍD. Sentencia S-123/99 del 10 de diciembre de 1999, exp. 5320, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

¹⁷⁹ Ídem.

Se reconocen los poderes de instrucción, los poderes para decretar prueba de oficio, pero éstos no son ilimitados, el juez debe argumentar la importancia que tienen para la decisión al ordenar tales pruebas. De tal forma que no observar el deber de decretar pruebas de oficio puede ser una falta, pero también lo será decretarlas por motivos intrascendentes.

En este sentido, la Corte reconoce que “los jueces tienen el ejercicio oportuno de la facultad-deber que, en instancia y dentro de los límites que claramente señala la ley, les permite decretar pruebas de oficio con el fin de verificar los hechos alegados por las partes”¹⁸⁰.

Y al corresponder a una política pública del Estado, “faltar al deber de decretar pruebas de oficio podría implicar un error de derecho [...] Pues el juez no puede ser una parte pasiva en el proceso”¹⁸¹, lo cual es coherente con los deberes que le impone el Código de Procedimiento Civil¹⁸² al juez.

Este deber-poder le sirve al juez para propender por una efectiva tutela jurídica a los intereses en conflicto, pero sin extralimitarse, sin sobreponerse a los intereses de las partes. La actuación del juez sirve para “incorporar, por el medio instrumental adecuado, las (pruebas) que se revelan existentes en actuaciones de las mismas partes y que son relevantes para la composición final del litigio, con el fin de hacer prevalecer la verdad jurídica objetiva y de evitar que dicho proceso termine desarrollándose como un mero juego formal librado a la habilidad o maña de los contendientes”¹⁸³.

De tal forma, puede encontrarse que la Corte Suprema también sustenta la función mixta del proceso civil. Ella propende a la redistribución de las cargas y deberes: el juez tiene cierta autonomía para dirigir e instruir de oficio en el proceso, y a las partes se les respeta la delimitación de los hechos en desarrollo de los principios de defensa y contradicción.

Por eso, “en la tarea de establecer la intención de las partes en el contrato, el juez debe ocuparse inicialmente de la declaración de voluntad plasmada por éstas, en búsqueda del genuino alcance o significación de la misma y del efecto jurídico querido por los contratantes, en orden a lo cual ha de procurar que las estipulaciones cumplan con los objetivos y finalidades propuestos al ajustar la convención”¹⁸⁴.

Esta es “la armonía que debe existir entre el litigio y el pronunciamiento judicial, no excluye la posibilidad de que los jueces puedan proveer sobre ciertos tópicos que las partes no han planteado,

¹⁸⁰ ÍD. Sentencia S-101/99 del 24 de noviembre de 1999, exp. 5339, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

¹⁸¹ ÍD. Sentencia SCC-2097/06 del 17 de julio de 2006, exp. 44001-31-03-001-1995-02097-01, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

¹⁸² Código de Procedimiento Civil, art. 37: *Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 13. Deberes del juez.* “Son deberes del juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. 3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal. 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias. 5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales. 6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas. 7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios. 8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquélla sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal. 9. Verificar verbalmente con el secretario las cuestiones relativas al proceso, y abstenerse de solicitarle por auto informes sobre hechos que consten en el expediente. Parágrafo. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario”. Art. 38: *Poderes de ordenación e instrucción.* “El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza. 2. Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta. 3. Los demás que se consagran en este código”.

¹⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-101/99 del 24 de noviembre de 1999, exp. 5339, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

¹⁸⁴ ÍD. Sentencia SC-004/05 del 14 de enero de 2005, exp. 7550, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

pero respecto de los cuales existe autorización legal para proceder de oficio”¹⁸⁵.

A modo de conclusión, la Corte Suprema de Justicia formula una interpretación adecuada sobre la función privada del proceso civil, y en especial cuando se refiere al recurso de casación. Respeta, sin embargo, de acuerdo con los cánones constitucionales, una función pública que se erige paralela con el tradicional sistema dispositivo y que produce un proceso de características mixtas.

La visión que ofrece el derecho clásico sobre la absoluta dispositividad del proceso civil ha perdido toda vigencia en el derecho procesal contemporáneo colombiano, por la influencia de los principios constitucionales que ordenan una función pública y un ejercicio responsable de la jurisdicción.

II. IMPLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA Y DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN LOS PODERES DE OFICIO RESPECTO DE LA PRUEBA

Los principios de independencia y de imparcialidad se vinculan directamente con los poderes-deberes del juez y tienen una estrecha relación con la evolución de las políticas públicas. Estas políticas tuvieron una génesis diversa en las familias jurídicas.

El juez del *common law* tiene vastos poderes discrecionales no controlables, ni siquiera por los superiores. “El juez es un guardián de la Constitución, y ésta es un documento formado por amplios criterios de significado ético-político que hacen innatural su separación respecto del técnico-jurídico”¹⁸⁶.

En la familia del *civil law*, la evolución del proceso civil fue totalmente diversa. El proceso civil romano conoce una forma de expansión en el siglo XI desde el imperio carolingio, paralelamente con la expansión de la Iglesia, que propone una estructura de gobierno totalmente piramidal, con un gobierno celeste encabezado por el Papa¹⁸⁷.

Siguiendo esta tradición, el proceso en la justicia del *civil law* del siglo XII diferencia entre el órgano y el hombre que administra justicia en virtud de un poder o investidura especial¹⁸⁸. Con ello el conocimiento de la sociedad privada queda por fuera de la decisión judicial y prevalece la preparación técnica en el nombramiento de jueces, para asegurar el correcto accertamiento de los hechos. Surgen instituciones complicadas, como las reglas de valoración probatoria¹⁸⁹, con lo que poco a poco desaparece la función del individuo común en el proceso.

Posteriormente, en Francia en el siglo XIII, “el rey fortaleció un cuerpo estratificado de funcionarios profesionales, inmunes a las presiones locales y fieles al rey de quien derivaban su sustento, esto fortaleció y extendió el reino. Ya en el siglo XIV a XVII, con el reforzamiento del

¹⁸⁵ ÍD. Sentencia S-228/02 del 13 de diciembre de 2002, exp. 6893, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

¹⁸⁶ DAMASKA. *I volti della giustizia*, cit., p. 95.

¹⁸⁷ Ver al respecto ibíd., p. 70; FOUCAULT. *La verdad y las formas*, cit., pp. 70-85: “El Imperio carolingio y las antiguas reglas del derecho romano [...] 1) Una justicia que no es más pleito entre individuos y libre aceptación por estos individuos de ciertas reglas de liquidación sino que, por el contrario, se impondrá a individuos, oponentes [...] Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político [...] Estas prácticas ‘permanecieron olvidados durante los siglos X y XI en la Europa del alto feudalismo y hubieran sido olvidadas totalmente si la Iglesia no las hubiese utilizado para la gestión de sus propios bienes’.

¹⁸⁸ Ibíd., p. 79: “Aparece una figura totalmente nueva [...] en el derecho romano: el procurador [...] representante del soberano, del rey [...] El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquél que debería haber planteado la queja [...] el soberano, el poder político vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima [...] permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales”.

¹⁸⁹ Ibíd., p. 84: “Se practicaba la indagación. Este método se llamaba *visitatio* y consistía en la visita que, según los estatutos, debía realizar el obispo por las distintas comarcas de su diócesis y que las grandes órdenes monásticas reyesomaron poco después [...] La confesión del culpable podía interrumpir la inquisición [...] Quien hubiese cometido el crimen podía presentarse y proclamar públicamente: ‘sí, se cometió un crimen. Consistió en esto o aquello, y yo soy el autor’.

absolutismo [...] el juez secular no pudo adaptar la ley a su conciencia pues integraba un poder central que exigía una rígida disciplina en la aplicación de las normas, el juez del vértice revisaba y validaba, y la máxima burocrática del momento fue ‘lo que no esta en el proceso no es de este mundo’¹⁹⁰.

En el *civil law*, la Revolución francesa¹⁹¹, con la estricta separación de poderes, convalidó y fortaleció esta estructura rígida y piramidal en los jueces que interpretaban y aplicaban el derecho. “Este funcionario ya no sigue las decisiones del monarca, física y políticamente decapitado, se suplió la figura con el legislador omnipotente, la regla máxima para aplicar el derecho fue ‘el legislador es sabio’¹⁹².

De ahí surge un sistema burocrático y rígido, donde la independencia y la imparcialidad del juez se constituyeron centralmente a partir de información documental y de un estricto apego a la ley. Es la época del formalismo ingenuo del siglo XIX y de la escuela exegética.

La historia colombiana¹⁹³ no fue muy diferente de la de la generalidad del mundo del *civil law*. La época del virreinato español da cuenta de una sociedad ajena a los principios de democracia, libertad e igualdad. En el siglo XVII, con las campañas de independencia teóricamente se adoptan los principios de la Revolución francesa; sin embargo, la sociedad fue permanentemente excluida del Estado y del gobierno, adoptándose las prácticas jurídicas formalistas y exegéticas de la época.

El naciente Estado colombiano sufre una pauperización económica tras la negociación de fuertes empréstitos para la consolidación de la independencia. Esto provoca una importante inmigración europea y la concentración del poder y la riqueza en pocas familias.

En este contexto de ebullición política, el sistema jurídico se encuentra totalmente apegado a la ley formal, los jueces no tienen una independencia por fuera de los códigos. La comunidad no tenía suficiente educación para reconocer los principios y las garantías del Estado democrático de derecho, que empezaba a consolidarse.

Así, el *civil law* se difunde en Europa y América Latina. El derecho adopta una estructura formal: cerrada y autosuficiente. La función judicial que interpreta y aplica la norma forma parte del poder tripartito del Estado, como una estructura jerárquica y piramidal.

En este contexto, la más leve discrecionalidad atenta contra el sistema. Por ello, la independencia y la imparcialidad se entendían como la sujeción estricta del funcionario a las

¹⁹⁰ DAMASKA. *I volti della giustizia*, cit., p. 75.

¹⁹¹ LUIS MORENO. “La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana”, en RICARDO SANÍN (comp.). *Justicia constitucional*, Bogotá, Legis, 2006, p. 12: “La Revolución francesa acogerá y, de la mano del elocuente Montesquieu, profundizará el principio de separación del poder, en torno al eje dinámico de la ley. La Asamblea hace la ley, la administración la ejecuta y los jueces resuelven las diferencias surgidas en su aplicación. Cualquier intromisión de un órgano en asuntos que no son de su competencia, implica una desviación o usurpación de poder, que genera consecuencias caóticas para el orden, y que pone en peligro la estructura misma de la República”.

¹⁹² RICARDO SANÍN. *Historia de la teoría política moderna*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002, p. 118: “La rama legislativa: Ya su naturaleza y funciones habían sido planteadas por Locke; Montesquieu hace énfasis en el carácter previsorio, general y abstracto de la ley, como valores insustituibles del Estado [...] Aparece el rodillo macizo de la voluntad general aplastando estirpes y jerarquías, y destruyendo hacia el infinito cualquier tipo de diferencias individuales, para cimentar un Estado igualitario donde la voluntad de todos tiene que ser la voluntad de uno, fue aquí donde Rousseau pretendió hallar la prístina moralidad de la teoría política y el fundamento más puro de Estado [...] La voluntad general no es la simple operación aritmética de sumatoria de las voluntades individuales, y tampoco es la verificación de las opiniones de la mayoría. La voluntad general pretendía ser una construcción más compleja de la teoría política”.

¹⁹³ Ver al respecto: GERMÁN CARRERA. *Culto a Bolívar*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1987; JOAQUÍN POSADA. *Memorias histórico-políticas*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1929; JOSÉ GROOT. *Historia eclesiástica y civil de la Nueva Granada*, Bogotá, M. Rivas, 1893; JOSÉ RESTREPO. *Historia de la revolución de la República de Colombia*, París, Librería Americana, 1827; LUIS LACROIX. *Perú de diario de Bucaramanga*, París, Librería de P. Ollendorf, 1912; JOSÉ MONSALVE. *Estudios sobre el libertador*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1930; JAVIER OCAMPO. *El proceso ideológico de la emancipación en Colombia*, Bogotá, Planeta, 1999; ANDRÉS LÓPEZ. “José María Córdova en la tradición historiográfica Colombiana. La imagen del héroe y la invención del mito”, en *Historia y sociedad*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999.

normas y estaban íntimamente relacionadas con la función formalista y privada¹⁹⁴ del proceso.

Un paso más adelante, con la adopción del Estado social de derecho, los principios de independencia e imparcialidad toman otro significado. Estos principios están directamente relacionados con la aplicación de las garantías constitucionales y con la protección de los derechos fundamentales.

La complejidad de la función pública implica la interpretación del ordenamiento jurídico para la solución del caso, pero a la vez le exige al juez la protección de los derechos fundamentales y la aplicación de todas las garantías constitucionales.

Ello apunta a una resignificación más amplia y dinámica de los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional.

A. El principio de independencia

En el derecho contemporáneo, el principio de independencia se vincula por lo menos con dos perspectivas: la subjetiva, que da cuenta del juez como titular de la función jurisdiccional, para realizar actos de decisión, y la objetiva, que se relaciona con las funciones iudicantes de los derechos sustanciales, es el ejercicio de la potestad del *ius dicere* o “decir el derecho”, para asignárselo a quien lo merece.

1. La perspectiva subjetiva del principio de independencia, esto es, el juez como titular de la función jurisdiccional

La independencia interna se vincula con la capacidad que la Constitución y la ley le otorgan al juez para evitar y resistir presiones dentro de la estructura jerárquica de la función judicial.

La Constitución establece la jurisdicción como una función pública. Define que los jueces en sus decisiones son independientes¹⁹⁵ y que solo están “sometidos al imperio de la ley”¹⁹⁶.

Es garantía de independencia interna para los jueces la aplicación del ordenamiento jurídico, como un sistema complejo pero integral. Con miras a asegurar una correcta aplicación del mismo, la Constitución establece las especies de jurisdicción, las cuales, ha sido sostenido por un sector importante de la doctrina, corresponden al factor objetivo-materia de la competencia.

La institución que sirve de apoyo a la independencia interna es la correcta distribución de competencia, mediante la cual el juez adquiere la “aptitud” para ejercer válidamente la jurisdicción. Las características de improrrogabilidad, como parte de la norma pública, son igualmente una garantía de seriedad en la distribución de los litigios.

La independencia externa del juez parte de la relación que se da entre la función jurisdiccional y el Estado. Esta relación da cuenta de un tipo específico de aparato de justicia, que se formula desde el constituyente primario, para cumplir unos objetivos previstos en las políticas públicas.

Son características de esta relación: la forma que se adopta para elegir los jueces –técnicos o legos– y el tipo de organización –jerárquica y rígida, jerárquica flexible, o paritaria–; igualmente, esta relación da cuenta de la importancia que para el Estado tiene la decisión judicial, de si se espera que sea eminentemente técnica o se espera que además de técnica sea moralmente aceptada por la sociedad.

No es casual que un estado opte por una u otra estructura, ya que es a partir de ellas como se producen tipos de jueces, se genera una competencia interna más o menos agresiva y se establece

¹⁹⁴ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 26: “La idea fundamental del principio dispositivo está en que el Estado sólo se moviliza para la protección del individuo cuando éste así lo exige mediante una interpelación formal y válida al sistema de justicia”.

¹⁹⁵ Constitución Política de Colombia, art. 228.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, art. 230, en relación con el artículo 4.º.

una relación lejana o cercana entre el cuerpo de jueces y la sociedad.

Como elementos de análisis, expone DAMASKA¹⁹⁷ que “en un aparato de justicia jerárquico, la profesionalización produce una peculiar competencia y una rígida demarcación entre el cuerpo de administradores de justicia y la sociedad; los largos encargos permiten la repetición y la especialización, con lo que se deja de lado el análisis de los casos individuales que presenta la sociedad y se entraban decisiones ‘prototipo’ “. Argumenta que esta predisposición genera un vértice de poder piramidal, donde se pueden generar grandes desigualdades.

En esta perspectiva, la independencia es un elemento muy pobre en la función jurisdiccional, porque los jueces están a la espera de una posibilidad de ascenso, lo cual es totalmente plausible, pero esta no será viable si sus decisiones no son compatibles con las posturas jurídicas y de política del derecho de los superiores.

DAMASKA concluye que en este sistema “el principio de independencia en las decisiones judiciales es verdaderamente aplicado por el vértice, no por los funcionarios de la base”.

Es así como se ve de manera clara que la independencia está estrechamente relacionada con el modelo político. Porque “cuanto más un modelo se aproxima a la realidad que quiere representar, tanto mayores serán su capacidad heurística y su utilidad como instrumento de análisis”¹⁹⁸.

2. La perspectiva objetiva del principio de independencia, que se relaciona con la potestad iudicante

En los modelos del *civil law*, la decisión judicial tiene una directa y estrecha relación con la aplicación del ordenamiento jurídico¹⁹⁹. El principio de independencia se materializa en mayor medida cuando el juez utiliza acuerdos democráticos como el ordenamiento jurídico para decidir.

Pero en la decisión judicial también se adopta una determinada manifestación ideológica²⁰⁰, porque se adoptan características flexibles para cumplir en una mayor o menor medida con un determinado sistema político y al mismo tiempo para proyectar las incidencias que se quieren, en el aparato jurisdiccional.

Respecto de estas adiciones ideológicas en la aplicación del ordenamiento jurídico, resulta oportuno referirse al estudio de WRÓBLESKY²⁰¹ que expone tres ideologías que influyen en el pensamiento jurídico contemporáneo:

La primera ideología la denomina de la decisión vinculada, propia de las ideas políticas del Estado liberal del siglo XIX y del positivismo jurídico; no obstante, es cierto que desde la antigüedad MONTESQUIEU²⁰² realizó una presentación clásica y apropiada de su contexto social.

Esta ideología tiene por bases constitucionales la división del poder del Estado y la confianza absoluta en el legislador como garante de la libertad del pueblo y por tanto única fuente de la ley que constituye un sistema jurídico completo, cerrado y no contradictorio, pues las contradicciones

¹⁹⁷ DAMASKA. *I volti della giustizia*, cit. pp. 68-96.

¹⁹⁸ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 60: “Así se podrá hablar de modelos ‘buenos’ o ‘malos’ dotados de mayor o menor capacidad representativa según su ‘cercanía’ con lo que se tipifica [...] Es precisamente aquí donde surge la importancia fundamental del ‘proyecto cultural’ de quien se pone a desarrollar esta obra, puesto que es en función de este proyecto como se cotejan algunos ordenamientos y no otros, se estudian algunos institutos y no otros, y se eligen los rasgos de aquellos ordenamientos...y por tanto merecen insertarse en el ‘modelo ideal’ al cual se pretende hacer referencia”.

¹⁹⁹ Puede consultarse: BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., pp. 47-52; RICO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 147-148; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 97-99; VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 57-58.

²⁰⁰ “En tal sentido: Los conjuntos sueltos de valores y directivas que ni son consistentes, ni son coherentes, ni completos, los llamo ideologías”: WRÓBLESKY. *Constitución y teoría general*, cit., p. 71.

²⁰¹ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, cit. pp. 56-63.

²⁰² *Ibíd.*, p. 56.

son faltas de técnica del legislador y por ende susceptibles de dar lugar fácilmente a instituciones como la analogía.

La segunda ideología es la de la libre decisión judicial que nace como antítesis y rechazo a la ideología de la decisión vinculada, por tanto sus características prioritarias son el antipositivismo y el antiformalismo. Con el eclipse del Estado liberal y el fortalecimiento del monopolio y el intervencionismo, parte de las bases constitucionales que sostenían la primera ideología se derrumban y dan paso a los conflictos entre clases sociales; resurge así la lucha por un concepto ideal de igualdad y de libertad.

Aunque esta ideología por sí misma no está vinculada con ninguna teoría política determinada, desafortunadamente la declaró y afirmó el movimiento nazi, lo que le ha generado un total descrédito objeto de múltiples discusiones académicas y doctrinarias, aún hoy latentes²⁰³.

La ideología de la libre decisión tiene como epicentro de desarrollo los valores jurídicos; afirma que el juez está determinado en su decisión por el principio de independencia, por tanto es creativo y busca las fuentes del derecho fuera del texto legal. Afirma también que los razonamientos del juez, lo mismo que las justificaciones desde la ley, son solo apariencia de la elección valorativa; es ésta la posición de los más radicales, que defienden que la decisión es tomada de una forma totalmente emotiva por intuición respecto del caso concreto y que solamente se guía por valores de justicia y de equidad; por eso pueden decidir *contra legem* y *praeter legem*, de ahí la idea del “gobierno de los jueces que reemplaza de hecho al gobierno de las leyes”²⁰⁴.

La crítica de este sistema de administración de justicia la promulga incluso el sector moderado que sigue la ideología de la libre decisión, porque en la huida del formalismo excesivo y del rechazo al positivismo se cae en el irracionalismo y la emotividad, en contra de los valores de la seguridad jurídica y la certeza. “Esta es una corriente ideológica que no puede ser admitida por ningún sistema que respete el principio de legalidad”²⁰⁵.

La tercera ideología es la decisión legal y racional, que surge como un justo medio, frente a las necesidades modernas de la evolución del proceso. Asume el principio de legalidad y defiende que es función del legislador elaborar el derecho, por tanto el juez en principio debe mantenerse en los límites que le impone la ley en vigor. La aplicación del derecho se puede definir como una actividad que no crea normas generales ni abstractas, solo individuales, por medio de las directivas de interpretación de las pruebas. La decisión, además, debe ser racional, lo cual se entiende como justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones²⁰⁶.

La evolución de estas formas de decidir se produce por la necesidad de ampliar los límites impuestos al juez, con las corrientes formalistas del siglo XIX y con la escuela de la exégesis.

La huida del formalismo ocasiona varias tendencias. De estas nuevas opciones, la libre decisión judicial fue una de las respuestas más radicales al formalismo y, paradójicamente, se le relaciona con uno de los movimientos más arbitrarios de todos los tiempos: el nazismo²⁰⁷. Esto confirma la

²⁰³ Ibíd., p. 58.

²⁰⁴ Ibíd., p. 60.

²⁰⁵ Ibíd., p. 61.

²⁰⁶ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho*, cit., p. 62.

²⁰⁷ Al respecto, ibíd., p. 57. COMOGLIO. *La garanzia costituzionale*, cit., p. 60: “A questo proposito, l’influenza dell’ideologia nazista sulla scienza processuale si manifesta soprattutto nelle correnti di pensiero (rappresentate dai noti scritti del Baumbach e del von Piel) tendenti ad accentuare nel processo civile il perseguimento di finalità superindividuali o collettive e l’esercizio di poteri inquisitori da parte del giudice, sino a considerare l’iniziativa del cittadino, che agisce per la tutela giudiziaria delle proprie ragioni, quelle mero espediente tecnico od occasione per la tutela del diritto obiettivo ad opera degli organi pubblici. Nella Germania odierna, il ripudio di questa tesi estrema ha finito col determinare un certo ritorno alle impostazioni tradizionali, attraverso la riaffermazione del concetto di (rapporto giuridico processuale)”.

estrecha relación que se gesta entre la función judicial y un modelo político.

No resulta plausible sustentar que la función judicial es absolutamente independiente dentro de un modelo de Estado. De manera indefectible se correlaciona con el Estado mediante los principios y fundamentos que hacen su estructura, y en esta misma forma con los otros poderes. Por ello, a mayor técnica y razonamiento democrático en la decisión, mayor libertad. Si en la decisión del juez predomina su propio criterio de justicia, será el criterio de justicia, equidad y moral de alguna tendencia política.

En el derecho contemporáneo, el cumplimiento de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales hace parte integral de la función judicial. Pero aun éstos nacen y se modulan a partir de una ideología política. Basta sólo recordar la ebullición política en Francia tras la declaratoria de los Derechos del Hombre.

Por todo lo expuesto, puede sustentarse que el Estado social de derecho tiene unos lineamientos ideológicos que hacen parte estructural del principio de independencia objetiva: el derecho fundamental al debido proceso, el principio de legalidad, el juez natural, el principio de legítima defensa, el derecho constitucional de contradicción, la no autoincriminación y la igualdad de partes, entre otros.

B. El principio de imparcialidad y su relación con el principio de legalidad

La imparcialidad es “disposición”²⁸⁹, está directamente relacionada con el interés positivo o negativo que el juez pueda tener en la pretensión jurídica que debe decidir o en el caso que tiene para estudio. Por ello se compromete la imparcialidad cuando el juzgador se extralimita en sus funciones e interviene directamente suplantando a una de las partes en los elementos estructurales del litigio.

En esta medida, el principio de imparcialidad se desarrolla en interacción con otros principios constitucionales. De todos los subprincipios que conforman el debido proceso, son dos aquellos que directamente comprometen la imparcialidad del juez: el principio de legalidad y el principio de publicidad.

El principio de legalidad es parte integral de las garantías constitucionales del debido proceso²⁹⁰, y se puede estudiar desde dos dimensiones: la formal y la sustancial²⁹¹. La sustancial está directamente relacionada con el tipo jurídico o norma sustancial que se va a procesar, y la formal da cuenta de la aplicación de un método constitucional: el proceso debido.

Esta estructura bipartita del principio de legalidad lo relaciona directamente con el principio

²⁸⁹ MIGUEL ROJAS. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 59: “La imparcialidad consiste en una disposición mental (por no decir sentimental) del individuo y por lo mismo es predicable de la persona humana que funge de fallador, quien ha asumido el compromiso de emitir físicamente la solución [...] Hay imparcialidad cuando el juzgador se halla realmente libre para adoptar la solución necesaria, exento de toda circunstancia extraordinaria, distinta de su propio criterio jurídico, que pueda incidir en el sentido de sus decisiones”.

²⁹⁰ Constitución Política de Colombia, art. 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”

²⁹¹ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 48: “Conviene especificar que el principio de legalidad tiene dos dimensiones: una formal y una material. En su dimensión material, relevante en el derecho penal y en general en el derecho sancionatorio, este principio exige que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan, deben aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie [...] En su dimensión formal, en cambio, el principio de legalidad establece que las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior al procedimiento en que ellas se lleven a cabo [...] y el poder judicial debe ajustarse por entero a dichas prescripciones”. En el mismo sentido, QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 97-99; LUIGI FERRAJOLI. “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad”, en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 25: “La doble dimensión adquirida por, la legalidad en el Estado constitucional de Derecho: la dimensión formal, que tiene que ver con las *formas* de los actos normativos, y la sustancial, que se refiere a su contenido o significado”.

democrático, porque a partir de él la democracia “se estructura en torno a un proceso legislativo, seguido de procesos de ejecución y aplicación de las leyes por parte de la administración y la jurisdicción, en los cuales, los individuos intercambian argumentos, pretensiones y evidencias para la defensa de los intereses propios”²¹¹.

1. La dimensión material del principio de legalidad

La dimensión material se establece como un imperativo para la norma sanción. Ello quiere decir que para aplicar una sanción, antes de la realización de la conducta debe establecerse la regla de regulación. Es la formulación tradicional del principio de legalidad referido a la norma prohibitiva, expresado en términos de: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”²¹².

No obstante, el principio de legalidad bajo la dimensión material tiene aplicación en cualquier área del derecho, porque en los sistemas de *civil law* no solo se realizan ilícitos en materia de derecho penal o disciplinario, sino también en civil, en laboral y en agrario. Y el ciudadano tiene derecho a que se le resuelva su caso con la aplicación del ordenamiento jurídico existente, según lo establece la Constitución²¹³.

Las reglas constitucionales que afirman el imperio de la ley y la prevalencia de la interpretación constitucional configuran un ordenamiento jurídico complejo, que generalmente se estudia a la luz de un sistema de fuentes²¹⁴.

El sistema de fuentes puede tener varias interpretaciones. Éstas dependen de la teoría o tendencia jurídica que las estudie. Se puede presentar como un sistema complejo, tal como interpreta el ordenamiento jurídico el positivismo contemporáneo²¹⁵, o se puede adoptar un sistema de fuentes

²¹¹ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 9: “Es de este modo que la democracia se estructura en torno a un proceso legislativo, seguido de procesos de ejecución y aplicación de las leyes por parte de la administración y la jurisdicción, en los cuales, los individuos intercambian argumentos, pretensiones y evidencias para la defensa de los intereses propios”.

²¹² Constitución Política de Colombia, art. 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

²¹³ *Ibíd.*, art. 230: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”; artículo 4.º: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

²¹⁴ Sobre fuentes: RICO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 115: “El tema de las fuentes del derecho procesal indaga por su origen. Interroga sobre la génesis de esta ciencia. No es diferente del que se explora en la teoría general del derecho, y que estudia el surgimiento y vigencia del régimen sustancial”; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 64: “No existe consenso doctrinario en lo tocante con el significado y alcance de la expresión fuente de derecho. Nominal y gramaticalmente, fuente es el núcleo generador de algo, el manantial que lo produce”; MARTÍN AGUDELO. *Filosofía del derecho procesal*, Bogotá, Leyer, 2003, p. 61: “Esta temática hace referencia a los núcleos generadores del derecho procesal, es decir las causas de creación de la normatividad procesal y ha de tener en cuenta ciertos parámetros de teoría general del derecho en cuanto a que no existe sectorización exclusiva para las fuentes del derecho procesal, sin que por esto se admita la falta de autonomía”; ORTIZ. *Teoría general del proceso*, cit., p. 68: “La fuente del derecho en general es todo aquello que motiva, causa u origina el derecho [...] Ahora bien, la moderna corriente de la ciencia del derecho prefiere vincular la noción de fuente del derecho a ciertos hechos, señalables perceptiblemente, que denotan o manifiestan la existencia o vigencia del sentido genérico al cual el intérprete subordina al caso”; GUASP. *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 1998, p. 55: “La producción del derecho procesal civil se verifica por medio o a través de aquellas figuras que están jurídicamente reconocidas para darle vida”; VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., p. 10: “Hay varios conceptos de fuentes [...] El que interesa, en este momento, es el de fuente formal o de validez”.

²¹⁵ RICO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 129: sostiene que la jurisprudencia es una fuente de información: “Ordinariamente se ha dicho que ella tiene carácter de fuente formal del derecho. Nuestro criterio es diverso”. VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., p. 13: “Es indiscutible que al llenar la distancia entre el caso concreto y la norma general, la jurisprudencia tiene una importantísima función en la creación del derecho”. QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 71: “Para la teoría tradicional, la jurisprudencia es mera interpretación de la norma jurídica; es creadora de normas para los iusfilosóficos kelsenianos y egológicos. Otros admiten que participa en una etapa de la producción jurídica, de una naturaleza muy similar a la legislativa”. ORTIZ. *Teoría general del proceso*, cit., p. 61. AGUDELO. *Filosofía*, cit., p. 63: “Sobre su fuerza obligatoria discrepa la doctrina, como fuente de manifestación del derecho procesal: Negar obligatoriedad y poder igual al de la doctrina, la jurisprudencia solamente serviría para interpretar las normas vigentes y para proveer de progreso la legislación. Otra opción sería tenerla como fuente ya sea subsidiaria, ya sea como fuente obligatoria y dogmática”.

extrajurídicas, como lo hacen las tendencias antiformalistas²¹⁶.

Es por esto por lo que el sistema de fuentes ha tenido diversas clasificaciones en la doctrina, algunos elaboran unas categorías tradicionales de fuentes directas e indirectas²¹⁷ y otros formulan unas apreciaciones diversas como es el caso de quien se refiere a la “fuente de información”²¹⁸. Pero hay consenso en admitir como fuentes del ordenamiento jurídico por lo menos: la Constitución, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, los principios y la equidad.

En Colombia, es plausible sostener que el ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de las fuentes, se desarrolla como un sistema complejo. En este sentido, no parece muy sustentable una clasificación jerárquica vertical e interdependiente; parece más adecuado hablar de *entramado*.

Las fuentes del derecho se interconectan –en múltiples formas– estableciendo una red de conceptos jurídicos que sirve para el funcionamiento legítimo de los órganos jurisdiccionales, en la resolución de las controversias.

Aunque resulta de gran interés para el derecho contemporáneo, sobrepasa los límites de este trabajo hacer un estudio exhaustivo en lo que a las fuentes se refiere, de manera que, por razones de claridad y completud, se hará un breve análisis desde su funcionalidad, para dar cuenta del ordenamiento jurídico como sistema complejo²¹⁹ y del espacio de discrecionalidad “responsable” que el juez encuentra en él²²⁰:

²¹⁶ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho*, cit., pp. 138-139: “Entre las diversas controversias encontramos dos posiciones: 1) la actitud formalista que postula la necesidad del modo de pensar lógico-formal en el derecho y 2) la actitud anti formalista, lo niega, subraya la necesidad de valoraciones más o menos libres y de técnicas argumentativas”. QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 84: “El llamado uso alternativo del derecho. Se denomina así el intento de la Europa de 1970 por derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede judicial como alternativa a las establecidas por el legislador. [...] Es evidente que en un Estado constitucional los jueces entran en juego con un protagonismo superior al que tenían y ello acerca las culturas jurídicas del civil law y del common law, pero plantea una encrucijada que como todas es un lugar peligroso y que exige preparación y prudencia para superarla. Es preciso enfrentar los cambios copernicanos del Estado constitucional para enfrentarlos buscando su solución racional, sin sobresaltos ni precipitaciones, con un ánimo de apertura y de progreso”. TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., pp. 182-183: “Cuáles serán los criterios en función de los que el juez debería determinar caso por caso en esta ‘justicia reequilibradora’ de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no deseen siquiera imaginar ‘decisiones según criterios’, pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad cuya para la tutela de los sujetos discriminados. No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla por definición injusta) y, por tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez. No cabe duda de que una decisión de este tipo sería mayoritariamente –y aún exclusivamente– creadora. Es dudoso, en cambio, que esta decisión pueda ser respetuosa de los principios y de las garantías fundamentales del Estado moderno”.

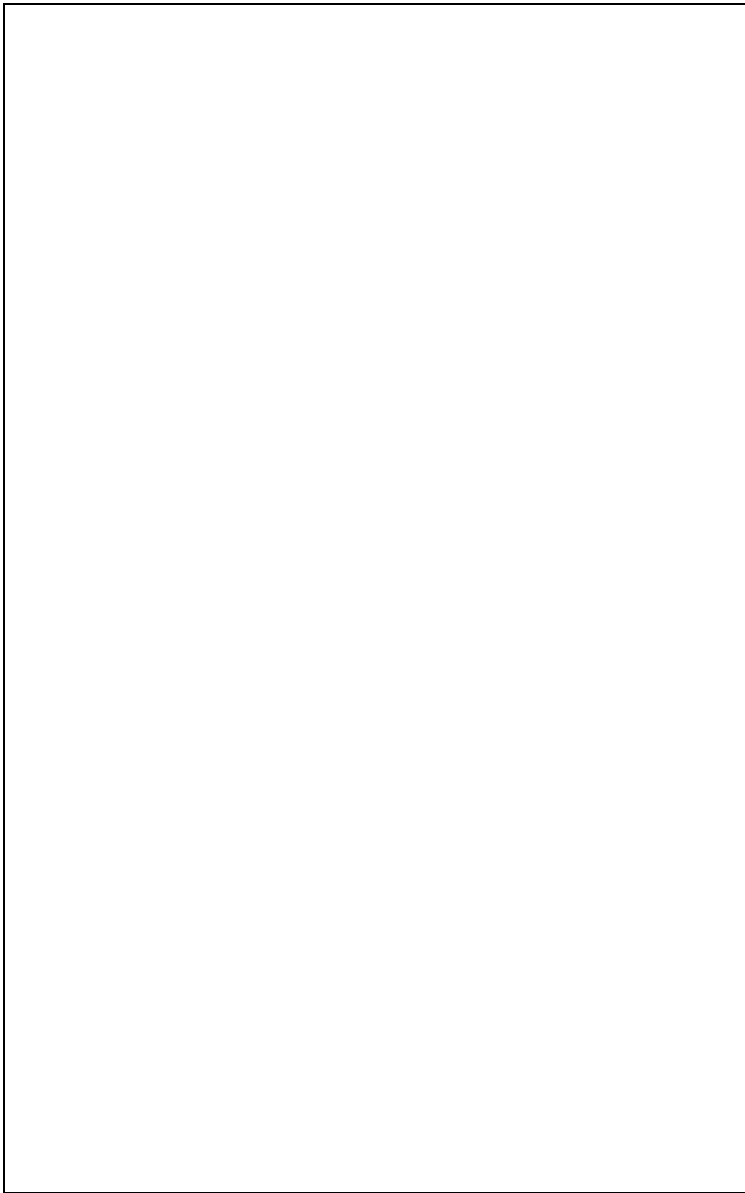
²¹⁷ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 65-74.

²¹⁸ RICO. *Teoría general*, cit., pp.116-138: “Primera fuente [...] la fuente de conocimiento o de información [...] 2. Fuentes reales [...] 3. Fuentes formales [...] 4. La doctrina [...] 5. La jurisprudencia [...] 6. La costumbre [...] 7. Los principios generales del derecho”.

²¹⁹ WRÓBLESKY. *Constitución y teoría*, cit., p. 20: “Concepto nuevo de derecho para este trabajo: serie de normas generales promulgadas (derecho sistémico) y las decisiones autoritarias que disponen sobre casos concretos con su justificación (derecho operativo). Es por tanto un fenómeno aceptado por diferentes teorías como complejo”. QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 47: “El ordenamiento jurídico se encuentra conformado por un sistema complejo de normas sustanciales y de otras llamadas a desenvolver el contenido de estas”.

²²⁰ GARCÍA. *Interpretación y aplicación*, cit., p. 41: “El positivismo jurídico contemporáneo reconoce una amplia discrecionalidad judicial a la hora de interpretar y aplicar el derecho, discrecionalidad que se traduce en que el juez debe elegir (justificadamente) entre: a) las normas que *prima facie* puedan parecer aplicables al caso, en razón de sus interpretaciones posibles. b) las interpretaciones posibles de las normas elegidas para decidir el caso; c) la norma preferible en caso de antinomia irresoluble por otra vía; d) la norma mediante la que resolver el caso para el cual el sistema jurídico no contiene previsión normativa previa aplicable. Y esto sin contar con la discrecionalidad, igualmente ineliminable, en lo referido a la valoración e interpretación de los hechos del caso”.

FUENTES DEL DERECHO
ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA COMPLEJO



La Constitución es una norma que reclama su puesto de prioridad en la jerarquía de la ley: su estudio comprende el uso interpretativo y diferencial que tienen las normas que la integran como valor –ideario filosófico–, como principio –norma abierta de deber ser– o como regla²²¹ –mandato.

También en la Constitución se integra una pluralidad importante de normas internacionales, integración a la que se denomina “bloque de constitucionalidad”: tratados internacionales ratificados por el legislador que prevalecen sobre la norma interna, tratados internacionales sobre derechos humanos²²², y los derechos y garantías inherentes a la persona humana, aunque no tengan

²²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-406/92 del 17 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

²²² “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”: Constitución Política de Colombia, art. 93.

enunciación expresa en la Constitución y en los tratados internacionales²²³.

Este abanico de conceptos y normas nacionales y supranacionales integra en el derecho contemporáneo la Constitución.

La ley debe entenderse en sentido amplio como una “norma jurídica formulada por autoridad legítima del Estado”²²⁴, de tal forma que su imperatividad depende del nivel, de la jerarquía y de la especialidad²²⁵. Esta categorización permite establecer si la norma corresponde a una fórmula imperativa –de obligatorio cumplimiento–, a una norma supletiva, o a una norma de tipo dispositivo, negociable.

La jurisprudencia hace parte de las fuentes del ordenamiento jurídico: así lo ha pronunciado la Corte Constitucional²²⁶ en varias de sus sentencias. La discusión no se centra en la utilidad que tiene como parte del ordenamiento, sino que se relaciona con su obligatoriedad, es decir, con la adopción de criterios de precedentes impuestos al juez.

La jurisprudencia tiene una gran incidencia en las decisiones judiciales, y en el derecho contemporáneo se le reconoce una fuerza importante en el ordenamiento jurídico. Lo que parece relevante para su correcta utilización es intentar una diferencia práctica, utilizable por cualquier operador jurídico, entre sentencia, jurisprudencia y precedente.

Es plausible admitir que la jurisprudencia tiene un significado “multívoco”²²⁷. En un sentido amplio, se entiende como las decisiones que emiten todos los jueces a partir del *ius dicere*, es decir, corresponde a las consideraciones jurídicas que todo juez utiliza para decidir, para resolver un caso. En un sentido restringido, jurisprudencia será la posición jurídica de las altas cortes, y para algún sector de la doctrina, erróneamente se entiende como sinónimo de precedente²²⁸. Todo ello confunde al estudioso del derecho y debilita el uso de la jurisprudencia en el sistema jurídico.

Puede intentarse una diferencia entre estas instituciones de la siguiente manera: la sentencia es el último acto procesal, y se compone de una estructura formal y otra material; la jurisprudencia está integrada por las consideraciones jurídicas y las motivaciones de las decisiones de las altas cortes. El precedente corresponde a la enunciación, por parte del juez, de una “subregla” o

²²³ “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”: Constitución Política de Colombia, art. 94.

²²⁴ GUASP. *Derecho procesal civil*, cit., p. 56: “Por Ley, dando a esta palabra un sentido muy amplio, se entiende ahora toda manifestación de la norma jurídica formulada reflexiva y expresamente por autoridad legítima del Estado”.

²²⁵ Existen multiplicidad de leyes, diversas en cuanto a su finalidad, forma de creación y consecuencias. Entre ellas están: la ley aprobatoria de tratados internacionales que tiene fuerza supra constitucional, la ley orgánica, la ley estatutaria, la ley marco, la ley aprobatoria de tratados internacionales, la ley ordinaria, el decreto con fuerza de ley y el decreto reglamentario, entre otras.

²²⁶ Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-406/92, del 17 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN; C-486/93, del 28 de octubre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-104/93, del 11 de marzo de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; C-083/95, del 5 de mayo de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; SU 047/99, del 29 de enero de 1999, MM. PP.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; y C-836/01, del 9 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

²²⁷ Sobre jurisprudencia: QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 68: “El concepto de jurisprudencia es multívoco: etimológica e históricamente designó la opinión de los autores (*responsa prudentium*), opinión de los juristas [...] Paulatinamente se fue transformando el concepto hasta significar la opinión de los tribunales, plasmada en sus decisiones jurisdiccionales”. VÉSCovi. *Teoría general del proceso*, cit., p. 12: “Es el conjunto de decisiones judiciales, que, como sabemos, son las que dictan los tribunales aplicando la ley a los litigios [...] en sentido más restringido se habla de jurisprudencia refiriéndose a las decisiones judiciales sobre un mismo caso”. RICO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 129: “Ordinariamente se ha dicho que ella tiene un carácter de fuente formal del derecho. Nuestro criterio es diverso. Pensamos que la fuente formal es el proceso jurisdiccional del cual se produce esa jurisprudencia”. AGUDELO. *Filosofía del derecho procesal*, cit., p. 63: “La jurisprudencia sería el conjunto de decisiones dictadas por los jueces sobre casos análogos”.

²²⁸ ORTIZ. *Teoría general del proceso*, cit., p. 61: “La jurisprudencia, como sabemos es el conjunto de principios que se derivan de las sentencias de los tribunales cuando tales principios son uniformes, reiterados, no contradictorios y pacíficamente aceptados; no puede confundirse jurisprudencia con ‘sentencia’ pues ésta no es más que la decisión a un caso concreto; en cambio, la jurisprudencia son criterios, principios y reglas generales que pueden extraerse de un conjunto de decisiones”.

subprincipio; el precedente es sinónimo de *ratio decidendi*²²⁹ y se encuentra en la jurisprudencia, por creación o por reiteración.

De esta forma, puede decirse que hay jurisprudencia que no contiene precedente, porque no contiene una regla jurisprudencial, o subprincipio, producto de la creación de los jueces. Es el caso de la jurisprudencia, que solo se fundamenta en la ley y la Constitución.

En el derecho colombiano, tiene fuerza *erga omnes* la jurisprudencia que emite el Tribunal Constitucional²³⁰, y tiene fuerza normativa relativa la jurisprudencia que emiten las cortes que se encuentran en el vértice de la pirámide judicial y que por vía de autoridad tienen incidencia en las decisiones de los jueces de conocimiento.

Son tres las cortes que hacen parte del vértice de la pirámide judicial: el Consejo de Estado²³¹, la Corte Suprema de Justicia²³² y la Corte Constitucional²³³. Todas ellas tienen funciones constitucionales diferentes y por tanto su incidencia e impacto en el ordenamiento jurídico es diferente.

Por otro lado, también se debe tener en cuenta, para determinar la obligatoriedad de la jurisprudencia, su reincidencia. El ordenamiento jurídico colombiano aún tiene vigente la norma sobre un mismo punto de derecho, doctrina legal probable²³⁴. Por interpretación de la Corte Constitucional, la doctrina legal probable se aplica a la jurisprudencia que emiten la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; es decir que para encontrar una regla jurisprudencial o precedente se deben integrar tres decisiones sobre un mismo punto de derecho. En tanto la Corte Constitucional requiere solamente una sentencia²³⁵ para formular una *ratio decidendi* y variar

²²⁹ Al respecto: CARLOS BERNAL. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176-177: “La Corte constitucional ha enfatizado que no todas las consideraciones incluidas en la parte motiva de sus sentencias despliegan fuerza vinculante frente a los poderes públicos y los particulares [...] Ratio decidendi: la Corte la define como ‘la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica’. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial”; LÓPEZ. *El derecho de los jueces*, cit., p. 113: “La distinción entre *ratio* y *dictum* se ha venido formando especialmente en el contexto del *common law* [...] la *ratio* está protegida por el valor del precedente porque tiende a ser una formulación precisa del principio. Como se trata de un principio que fue fraguado a la luz de un caso concreto, el principio tuvo una completa consideración en sede judicial: los jueces discutieron con cuidado las posibles consecuencias del principio”.

²³⁰ En Colombia actúan como tribunal constitucional la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

²³¹ Constitución Política de Colombia, art. 237: “Son atribuciones del Consejo de Estado: 1) Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo [...] 2) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3) Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración”.

²³² *Ibíd.*, art. 235: “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1) Actuar como tribunal de casación. 2) Juzgar al Presidente [...] 3) Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 4) Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los ministros del despacho [...] 5) Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados”.

²³³ *Ibíd.*, art. 241: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promueva el ciudadano contra los actos reformativos de la Constitución [...] 2) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la Constitucionalidad de la convocatoria a un referendo [...] 3) Decidir sobre la Constitucionalidad de los referentes sobre leyes y de las consultas populares [...] 4) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes [...] 5) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley [...] 6) Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución 7) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos [...] 8) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno [...] 9) Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”.

²³⁴ BERNAL. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 149-150: “En Colombia dicha peculiar forma de vinculación contaba con un claro antecedente legislativo, en el artículo 4º de la Ley 19 de 1896, que subrogó el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. En estos artículos se establecía que tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen ‘doctrina legal probable’. Sin embargo, esta doctrina legal no tenía el carácter de precedente obligatorio, sino sólo el de una fuente que el juez ‘podía’ utilizar como criterio de orientación para la solución de un nuevo caso”.

²³⁵ *Ibíd.*, pp. 149-150: “Este antecedente [...] se ha modificado en el sentido de considerar hoy que una sola sentencia de la Corte

radicalmente su propia posición jurídica.

Por todo ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado no tiene la misma incidencia en el ordenamiento jurídico que la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³⁶. Aquellas tienen una función de integración y contextualización del ordenamiento jurídico, en tanto la Corte Constitucional obra como único y natural intérprete de la Constitución.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional surge a partir de dos funciones básicas: la Corte como tribunal de constitucionalidad y la Corte como tribunal de revisión eventual para las tutelas. Como tribunal de constitucionalidad, la Corte emite sentencias “C”, que a su vez pueden ser de exequibilidad, inexequibilidad y condicionamiento. Son las sentencias de condicionamiento las que presentan el mayor grado de complejidad porque en ellas la Corte modifica la ley en una actuación positiva –agrega una palabra o frase–, modifica en una actuación negativa –quita una palabra o frase o interpreta y condiciona el sentido.

Las sentencias de exequibilidad simples no impactan el ordenamiento jurídico. Estas validan la ley. Las sentencias de inexequibilidad impactan directamente el ordenamiento jurídico, porque retiran de él total o parcialmente una regla. De esta forma, la parte resolutive y la regla jurisprudencial *ratio decidendi* reemplazan la ley.

Las sentencias de condicionamiento son las más interesantes en el ejercicio hermenéutico, porque ellas restringen la interpretación de alguna parte del ordenamiento jurídico. En este contexto, la parte resolutive y las razones del derecho que la integren tienen fuerza de ley porque reemplazan o modifican en forma directa. Las demás explicaciones de la jurisprudencia, los llamados *obiter dictum* que se encuentren en la parte motiva, son criterios auxiliares o argumentos indirectos, que pueden o no ser utilizados por los jueces de conocimiento para la solución de un caso.

Los salvamentos de voto, las aclaraciones al voto y los conceptos técnicos que en las sentencias aportan algunas autoridades pueden considerarse como simple doctrina, o estudios que indirectamente sirven a la labor del juez.

Cuando la Corte Constitucional actúa como tribunal de revisión eventual de tutela, emite sentencias “T”. Esta jurisprudencia tiene fuerza de aplicación *erga omnes*²³⁷, en cuanto interpreta legítimamente el sentido de los derechos fundamentales. En esta perspectiva adquieren fuerza vinculante para la correcta protección de los derechos fundamentales, en la labor de los jueces de conocimiento.

Las sentencias “T” dan cuenta de la función que la Constitución le atribuye a la Corte como “guardián de su integridad y respeto”, en la parte considerativa o en los razonamientos jurídicos. Sin embargo, la parte de los considerandos jurídicos adicionales, también llamados “*obiter dictum*”, se utiliza como doctrina, al igual que los salvamentos y las aclaraciones de voto.

Las sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado constituyen criterios jurídicos importantes para los jueces. Como se expuso, el derecho colombiano aún conserva la doctrina legal probable como parte de su reglamentación, no obstante lo cual, se debe tener en cuenta que la jerarquía de estas cortes las sitúa en el vértice de la pirámide judicial en lo ordinario y en lo

Constitucional constituye un precedente, es decir, se tiene como ‘jurisprudencia’, que vincula a la propia Corte Constitucional para la solución de casos posteriores –éste es el llamado precedente horizontal, a los jueces de otras jurisdicciones y a jueces inferiores –precedente vertical, y a los demás operadores jurídicos”.

²³⁶ Al respecto, ver: Ley 153 de 1887, Ley 169 de 1896. Corte Constitucional. Sentencia C-836/01, del 9 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL; Sentencia C-113/93, del 25 de marzo de 1993, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA; Sentencia C-131/93, del 1.º de abril de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; y Sentencia T-123/95, del 21 de marzo de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

²³⁷ Sobre la fuerza normativa de las sentencias “T”, se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional: T-439/00, del 14 de abril de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, y SU 047/99, del 29 de enero de 1999, MM. PP.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

contencioso administrativo: por tanto, su jurisprudencia establece importantes elementos de interpretación para los jueces.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: “La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”²³⁸.

No obstante, no puede sostenerse que esta jurisprudencia tenga fuerza vinculante obligatoria. La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado no reside en su imposición, sino en su uniformidad²³⁹ y, especialmente, en su autoridad.

Se tienen además múltiples causas de imposibilidad práctica para afirmar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado puede ser impuesta a los jueces en su labor de “decir el derecho”. Algunas de estas causas son: la falta de criterios temáticos para el archivo de las sentencias, la precariedad y confusión del archivo numérico utilizado, la ausencia de una sistematización adecuada, la aplicación de la doctrina legal probable y el número abrumador de sentencias que estos tribunales emiten cada año.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, los salvamentos de voto y las aclaraciones de voto también pueden estudiarse como doctrina.

La doctrina como fuente²⁴⁰ no alcanza una fuerza vinculante. La doctrina corresponde a los estudios jurídicos en derecho nacional y comparado que realizan los expertos, la comunidad académica. Este concepto pone de presente que es importante hacer una selección cuidadosa de los textos que se enuncian como doctrina, para controlar la calidad de los argumentos y la seriedad de los estudios.

También se tiene en el derecho contemporáneo que los principios²⁴¹ son fuente del derecho.

En general los principios cumplen una labor integradora del ordenamiento jurídico de mucha importancia. En el derecho contemporáneo revisten gran importancia los principios constitucionales, porque generalmente están vinculados con derechos fundamentales, con garantías constitucionales o con la estructura fundamental del Estado.

²³⁸ ÍD. Sentencia C-836/01, del 9 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

²³⁹ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 72. En el mismo, TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 194.

²⁴⁰ Sobre doctrina: AGUDELO. *Filosofía del derecho*, cit., p. 63: “La doctrina en cuanto a elaboración teórica realizada por los cultivadores de esta disciplina, no es fuente normativa, sólo expresa puntos de apoyo para los jueces y profesionales privados, con fuerza de persuasión”; ORTIZ, cit., p. 68: “La doctrina u opinión científica no tiene carácter vinculante para los jueces en la solución de los casos concretos, solamente constituyen una guía”; QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 72: “Aunque la doctrina no es fuente mediata de derecho procesal, su autoridad es de gran importancia y su fuerza radica en el bien ganado prestigio del autor respectivo”; VÉSCOVI. *Teoría general*, cit., p. 14: “Tampoco constituye fuente del derecho en los modernos Estados, pero su autoridad es fundamental, dependiendo de la mayor o menor categoría del jurisconsulto que opine y de la mayor o menor cantidad de pareceres en un mismo sentido”; RICO. *Teoría general*, cit., p. 128: “Ordinariamente se señala a la doctrina como fuente formal de creación. En nuestro sentir, su categoría real es la de fuente de información, de orientación, de ilustración”.

²⁴¹ Ibíd., pp.131-132: “Los principios son reglas esenciales para la vida social ordenada, segura, solidaria, pacífica y justa, dictadas e impuestas por la realidad objetiva, incidida por la historia [...] Están ligados a las fuentes reales o materiales o históricas [...] Así entonces, principio y norma tienen una relación ineludible, lo cual no significa que la existencia de aquel depende de su consagración normativa, pues él ya es norma, nacida de la realidad, de la historia”. VÉSCOVI. *Teoría general*, cit., p. 16: “Los que emanan y se extraen de la propia ley por generalización (inducción), para después de ellos derivar (deducción) las soluciones para los casos concretos en los cuales hay un vacío legal”. QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 75: “Tres funciones atribuye la doctrina a los principios generales del derecho. Son ellos subsidio para resolver lagunas, desempeñan una función de integración de la ley con el mecanismo lógico de la analogía *iuris*. Sirven de guía en la tarea hermenéutica, como interpretación axiológica. Y constituyen las bases y fundamentos del ordenamiento positivo. Son principios informadores. Ideas madres”.

También se encuentran principios en cada área del derecho sustancial, y su estructura depende de la especialidad que lo acoja. A manera de ejemplo, es el caso del principio de la autonomía de la voluntad en la teoría de los contratos, o del principio de solidaridad en el derecho a la seguridad social en salud o del mismo principio de solidaridad leído desde el derecho cooperativo. El derecho sustancial, por vía de ley, establece una multiplicidad de principios que para ser aplicados, en el sistema jurídico, requieren estar en correspondencia con los principios y garantías constitucionales.

El área del derecho procesal se acerca tímidamente a una tendencia unitaria desde los principios que la informan. El principio por excelencia que lo integra es el del debido proceso y, a partir de éste, los subprincipios constitucionales que lo complementan.

Por último, la equidad, en un sector de la doctrina, se estudia equivocadamente como parte de las fuentes normativas, por una suerte de reclasificación de “criterio auxiliar a principio del sistema”²⁴². Parece más plausible estudiarla como una fórmula para solucionar controversias por vía de principios o de conceptos sociales²⁴³.

En la integración del ordenamiento jurídico como un sistema complejo, la Corte Constitucional ha interpretado que “cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico constitucional, conforme a una interpretación sistemática finalística”²⁴⁴.

En conclusión, la dimensión material del principio de legalidad se puede condensar, remitiéndonos a WRÓBLESKY²⁴⁵, en que la norma debe alcanzar en su aplicación el mayor grado de validez posible, y éste se determina por tres criterios: “1. Validez sistémica: promulgación y relación con otras normas. 2. Validez factual: Criterios empíricos de eficacia de normas, y 3. Validez axiológica: consistencia de la norma con otras normas extra jurídicas y o valoraciones”.

2. La dimensión formal del principio de legalidad

La dimensión formal del principio de legalidad surge de la garantía constitucional del debido proceso, específicamente cuando exige que todo ciudadano será juzgado “ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”²⁴⁶.

Como lo expresa BERNAL, “las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior y el poder judicial debe ajustarse por entero a dichas prescripciones”²⁴⁷.

La dimensión formal del principio de legalidad tiene una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso²⁴⁸ y sus principios integradores. El debido proceso surge como un

²⁴² NANCLARES. *Los jueces de mármol*, cit., pp. 93-97.

²⁴³ QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 75: “Grecia reconoció una ley no escrita basada en la equidad y la tradición. Y Roma, un derecho natural basado en la razón. Las modernas Constituciones son las máximas creaciones políticas positivizadas y no el simple reflejo de un orden natural”.

²⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-1026/01, del 26 de septiembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, y C-486/93, del 28 de octubre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

²⁴⁵ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 22.

²⁴⁶ Constitución Política de Colombia, art. 29.

²⁴⁷ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 48.

²⁴⁸ Estos cambios hacia las garantías del Estado constitucional y de derecho son para Colombia una realidad con la Constitución de 1991. Inician en Europa después de la segunda posguerra. Ver TARUFFO, COMOGLIO y FERRI. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 49: “Novità di grande rilievo vengono introdotte dalla Costituzione, che si allinea con le tendenze del costituzionalismo moderno anche nel senso di formulare una serie di garanzie fondamentali attinenti all’amministrazione della

derecho de doble naturaleza, sin posibilidad de contraposición entre ellas²⁴⁹: como derecho fundamental autónomo, un fin en sí mismo²⁵⁰, y como derecho fundamental indirecto o sistema de garantías²⁵¹ para la protección de los derechos.

Esta norma impulsa nuevos paradigmas en la actividad jurisdiccional. Modela los principios constitucionales de justicia, de igualdad y de libertad. También propende a un sistema de procesamiento basado en la corrección²⁵² y al respeto a las garantías constitucionales de las partes: contradicción, defensa, tutela judicial efectiva y respeto a los derechos fundamentales, entre otros.

El derecho fundamental al debido proceso fue adoptado en los sistemas del *civil law* por todas las constituciones de posguerra, aunque también lo contienen claramente constituciones del *common law*, como la de los Estados Unidos de América²⁵³. Esto implica, como acertadamente lo expone TARUFFO²⁵⁴, que “juristas de muchos países de diversas culturas toman conciencia del significado universal de los principios como la independencia de la magistratura, la imparcialidad del juez, la posibilidad efectiva de hacer valer los propios derechos, la garantía de la defensa y de un proceso correcto”.

Muchos ordenamientos jurídicos han insidido en el modelo colombiano, pero podemos citar algunos, como Italia²⁵⁵, que tiene una estructura compatible con la colombiana:

Constitución italiana, artículo 24: Todos pueden actuar en juicio en defensa de sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del proceso. Mediante institutos especiales se les aseguran a los pobres los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determina las condiciones y las formas para las reparaciones de los errores judiciales.

giustizia”. COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 43: “La Costituzione italiana del 1948 –al pari di altre Costituzioni europee sembra soddisfare compiutamente siffatti requisiti. Essa proclama come inviolabili un certo numero di garanzie processuali”. LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 84: “El proceso de corte social y público es fruto de la renovación de la ciencia del derecho procesal desde finales del siglo XIX. Sin embargo, y esto es esencial, este modelo de proceso recibió un espaldarazo fresco con la expedición de la Constitución colombiana de 1991. Allí se Constitucionalizó *a posteriori* el movimiento ideológico y científico que ya había afectado a los códigos de procedimiento y, en especial, al de procedimiento civil que sigue siendo arquetípico en la materia. En efecto, la sola invocación en el artículo 2.º del concepto de ‘Estado social de derecho’ recuerda correctamente el principio de un proceso judicial publicizado y socializado”.

²⁴⁹ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 601: “Si é giustamente notato infatti che le costituzionali garanzie, in se stesse, non sono né ‘sostanziali’ né ‘processuali’: o, meglio, sono indifferentemente suscettibili dell’una o dell’altra qualificazione [...] dal momento che il contenuto garantistico della norma costituzionale, sottraendosi al dominio cui sottostà la norma ordinaria, sembra integrare un qualcosa di più e di diverso, rispetto ad ogni altra proposizione normativa, un *quid* che si colloca al di sopra e al di fuori della contrapposizione fra *substance* e *procedure*”.

²⁵⁰ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 12: “El debido proceso debe ser un derecho fundamental, en el sentido de que es el correlato subjetivo institucional del principio del discurso”.

²⁵¹ *Ibíd.*, p. 13: “El respeto a los debidos procesos garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales”.

²⁵² TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 390: “La garanzia costituzionale in esame, intesa come inserimento attivo degli (interessati) nello svolgimento delle operazioni processuali, esplica un’importante funzione (correttiva)”.

²⁵³ JOSÉ CASCAJO et ál. *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 74, Constitución de Estados Unidos, quinta enmienda: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un jurado (*grand jury*) no lo denuncia o acusa [...] tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o a algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le obligará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal [...]”.

²⁵⁴ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 44: “El universalismo de los principios fundamentales de la justicia civil. Se trata de un ejemplo particular del ‘*passionate belief in fundamental rights*’ que –según Friedman es uno de los aspectos más importantes de la cultura jurídica moderna [...] Los valores que están en la base de estos principios procesales son ya patrimonio común de las culturas jurídicas de todos los ordenamientos modernos, aunque ellos encuentren realización efectiva de maneras muy diversas. Estos valores y estos principios son por tanto, la base para una posible cultura general de la justicia civil”.

²⁵⁵ CASCAJO et ál. *Constituciones extranjeras contemporáneas*, cit., p. 142.

artículo 25: Nadie puede ser sustraído a la jurisdicción del juez natural predeterminado por la ley. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigencia antes de haber sido cometido el hecho que se pretende castigar. Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad más que en los casos previstos por la ley.

Alemania²⁵⁶ es igualmente respetuosa de un proceso debido y en especial de la prevalencia de la dignidad del hombre:

Constitución alemana, artículo 1: 1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Artículo 103: 1. Todos tienen derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales. 2. Un acto sólo podrá ser penado si el delito estaba establecido por la ley antes de cometerse el acto. 3. Nadie podrá ser castigado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales.

Los antecedentes de la Constitución francesa²⁵⁷ dan cuenta del respeto por los derechos y libertades del ciudadano proclamados en 1789. Expresamente consagra:

Artículo 7: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido más que en los casos determinados por la Ley, y, según las formas prescritas por ella.

Artículo 8: La Ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada.

Artículo 9. Al presumirse que todo hombre es inocente en tanto no haya sido declarado culpable, si se estimara indispensable detenerle.

Y de igual forma la Constitución española²⁵⁸, que fue un modelo acogido ampliamente para la elaboración de la Constitución colombiana de 1991, ordena:

Artículo 24: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario, predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Con todos estos antecedentes sociales, políticos y constitucionales, Colombia adopta una fórmula de debido proceso integrada por múltiples derechos constitucionales. Veamos.

El núcleo del proceso justo inicia en el artículo 29 que ordena:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o

²⁵⁶ Ibíd., pp. 177 y 209.

²⁵⁷ Ibíd., p. 238.

²⁵⁸ *Constitución y Tribunal Constitucional de España*, Navarra, Aranzadi, 2005.

favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho²⁵⁹.

Pero los principios integradores del artículo 29 se relacionan en forma directa con otros derechos como son: la igualdad²⁶⁰, la no autoincriminación²⁶¹, la libertad²⁶², el acceso a la administración de justicia²⁶³, el derecho a la intimidad²⁶⁴, el derecho a la doble instancia²⁶⁵ y la prevalencia del derecho sustancial²⁶⁶, entre otros.

Esta difusión del debido proceso como una garantía constitucional compleja genera un ambiente supranacional para el estudio, la discusión y la evolución en la aplicación del derecho. En esta dinámica de intercambios, la comunidad académica se acerca a formular conjuntos de principios homologables en el derecho internacional:

En la doctrina italiana encontramos que para TROCKER²⁶⁷ los principios del justo proceso se reducen a dos garantías: la equidistancia y neutralidad del juez, en correlación con la igualdad formal entre las partes, que aseguran la dialéctica procesal. COMOGLIO²⁶⁸, por su parte, elabora la

²⁵⁹ Constitución Política de Colombia, art. 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

²⁶⁰ Ibíd., art. 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades”.

²⁶¹ Ibíd., art. 33: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

²⁶² Ibíd., art. 28: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

²⁶³ Ibíd., art. 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

²⁶⁴ Ibíd., art. 15: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

²⁶⁵ Ibíd., art. 31: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

²⁶⁶ Ibíd., art. 228: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

²⁶⁷ TROCKER. *Processo civil*, cit., p. 390: “Da un lato essa supera i presupposti della (neutralità) o dell’(equidistanza del giudice), e dell’eguaglianza formale delle parti, dall’altro essa assicura il rispetto di quelle esigenze di (lealtà e correttezza del gioco) che rappresentano una condizione essenziale per la realizzazione di una effettiva dialettica processuale”.

²⁶⁸ COMOGLIO. *La garanzia costituzionale*, cit., p. 155: “Infatti, di delineare uno schema fondamentale di ‘giusto processo’, articolato principalmente nei seguenti elementi: 1). eguaglianza e contraddittorio delle parti dinanzi al giudice. 2) precostituzione per legge del giudice naturale. 3) soggezione del giudice soltanto alla legge. 4) divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali. 5) indipendenza ed imparzialità degli organi giurisdizionali. A questo schema essenziale va commisurato il concetto di “giudizio” richiamato dall’art. 24 1°. comma, quale necessaria specificazione del ‘potere agire’ per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. E ad esso, sostanzialmente, possono essere ricondotti non soltanto l’(Urbild des Zivilprozesses) analizzato dalla dottrina

estructura del debido proceso desde cinco estructuras: igualdad y contradicción, preconstitución por la ley del juez natural, sujeción del juez solamente a la ley, restricción de jueces extraordinarios o especiales y la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. Y COMOGLIO²⁶⁹ presenta, además, tres elementos esenciales: el reconocimiento a las garantías de los derechos inviolables del hombre, la dignidad social y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como presupuestos fundamentales de la efectividad del modelo procesal.

En el derecho colombiano, BERNAL²⁷⁰ expone que el debido proceso se compone de los principios de legalidad, publicidad, juez natural, favorabilidad, inocencia, defensa, celeridad y doble instancia. En tanto, QUINTERO²⁷¹ incluye en el debido proceso todos los principios del derecho procesal, los cuales condensa en dos garantías: legalidad del juez y legalidad de la audiencia. Y RICO²⁷², por su parte, expone una confluencia entre los principios constitucionales y los principios generales del derecho, y excluye la discusión sobre una jerarquía, dado que el orden jurídico es sistémico y está vinculado todo a la norma constitucional.

Este conjunto de principios y garantías constitucionales corresponde al modelo mínimo para el debido proceso. Un modelo que está reflejado también en los tratados internacionales como son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada mediante la Ley 16 de 1972; los convenios I, II, III y IV de Ginebra, ratificados mediante la Ley 5.ª de 1960 y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, ratificada mediante la Ley 70 de 1986.

En el modelo mínimo que se ha sustentado para el debido proceso, tiene presencia constante y reiterativa el principio de legalidad, en sentido tanto material como formal. Su enunciación, desarrollo y respeto como estándar irreductible en el debido proceso es garantía constitucional para los ciudadanos de que se les respeta: la igualdad, la defensa, la contradicción, la no autoincriminación, el principio de inocencia. Pero especialmente es garantía de que pueden obtener una decisión justa.

La dimensión formal del principio de legalidad permite la realización de los demás principios integradores del debido proceso, porque el principio de legalidad en su dimensión formal construye la estructura²⁷³ para que los demás principios nazcan. Por ello las reglas sobre la legalidad de la forma²⁷⁴ inciden directamente en el debido proceso y pueden recibir protección

germanica nell'interpretazione delle garanzie processuali del *Grundgesetz*, ma anche i criteri di *fair trial* consacrati nell'art. 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e nell'art.10 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo".

²⁶⁹ TARUFFO, COMOGLIO y FERRI. *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 61: "[...] tre presupposti essenziali, per una corretta descrizione del modello italiano: il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo [...] dignità sociale e l'egualianza di tutti i cittadini davanti alla legge [...] la fondamentale esigenza di effettività, la quale rappresenta il denominatore comune".

²⁷⁰ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., pp. 44-78.

²⁷¹ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 92: "El meollo del debido proceso se escinde en dos ideas: legalidad del juez y legalidad de la audiencia. La legalidad del juez reclama el principio del juez natural, equivalente al pre constituido de antemano por la ley procesal para conocer del asunto concreto, pero pensado en abstracto [...] el concepto de legalidad de la audiencia se descentra a la vez en dos principios básicos, como son la bilateralidad de la audiencia o derecho de defensa, también conocido como el principio del contradictorio, y el principio de la legalidad de las formas estructurales del proceso, o principio del formalismo".

²⁷² RICO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 138-139: "El verdadero, auténtico y único principio en materia procesal es el debido proceso, en tanto estimamos que un principio tiene un poder vinculante de tal grado de extensión, que irriga de manera constante y uniforme la institución jurídica, que hace que no admita excepción alguna, pues de ocurrir ello, ya no estaríamos en presencia de un principio sino de una regla legal".

²⁷³ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 50: "El principio de legalidad debe entenderse como el 'marco dentro del cual se desarrollan los restantes elementos del debido proceso'".

²⁷⁴ AGUDELO. *Filosofía del derecho*, cit., p. 61: "Las decisiones de fondo son válidas si son emitidas por un funcionario competente tras un proceso regular desarrollado con observancia de las normas de competencia y de procedimiento". QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 98: "Es, en definitiva, el sistema de la legalidad de las formas el que asegura más eficazmente la finalidad del proceso y el único que suministra al mismo justiciable certeza e igualdad en el proceso. La forma, legalmente establecida, significa seguridad jurídica para todos los sujetos del proceso, y es, a la postre, garantía de libertad. Cada vez que se ha querido reducir la

inmediata mediante la acción de tutela²⁷⁵.

En el principio de legalidad formal confluyen los vértices para que en el proceso se dé aplicación holística al ordenamiento jurídico, se protejan los derechos fundamentales y especialmente para que se asegure al individuo unas condiciones dialécticas y democráticas para la resolución de sus conflictos.

C. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los principios de independencia e imparcialidad del juez

El estudio se realiza mediante un análisis de línea jurisprudencial durante los años 1991-2006, dirigido a identificar en las sentencias de constitucionalidad y de tutela elementos que aporten a la construcción de sentido de los principios de independencia e imparcialidad judicial.

La Sentencia T-574 de 1997²⁷⁶ contiene una posición fuerte y sostenida por la Corte en otros fallos. Esta posición reconoce que la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico, por medio de un razonamiento coherente y válido del juez, hace parte del principio de independencia. Por tanto, este criterio debe respetarse aunque el superior no lo comparta.

Por ello, en esta como en otras sentencias se considera que solo “excepcionalmente, podría admitirse que un juez de tutela revisare determinada interpretación, si demostrara que ella es manifiestamente irracional, pues la norma sólo admite un único entendimiento, y por tanto, son el capricho y la arbitrariedad del juez los que han imperado”²⁷⁷.

Además la Corte considera que no se podría permitir que, “bajo el pretexto de protección de los derechos fundamentales de quienes son partes en los procesos, se facultara de manera absoluta al juez de tutela para penetrar en el ámbito propio de las determinaciones reservadas según las normas legales aplicables al juez ordinario competente”²⁷⁸.

Es así como al interponer una acción de tutela contra sentencias se deberá sustentar la procedencia y pertinencia de ella, lo que corresponde, a juicio de la Corte Constitucional, a demostrar “una vía de hecho y la carencia de mecanismos judiciales de defensa para enervarla”²⁷⁹.

Reconoce además la Corte que la independencia del juez está estrechamente ligada al principio de legalidad.

La Corte expresa esta posición al sostener que “en su labor de decir el derecho, a la función judicial le corresponde [...] defender el principio de legalidad mediante el cual se controla y delimita la actuación del poder constituido”²⁸⁰.

Además, complementa su posición aclarando que “estas instituciones, de naturaleza

importancia de la forma se ha terminado violando la defensa”.

²⁷⁵ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 51: “En lo concerniente al respeto de la dimensión formal del principio de legalidad, en el control de constitucionalidad que se desarrolla en sede de tutela, a la Corte Constitucional no le compete verificar que el procedimiento se haya cumplido en cada paso a cabalidad, sino que en los procedimientos surtidos se haya garantizado la correcta defensa de las partes y el pleno goce de los restantes elementos del debido proceso”.

²⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-574/97 del 7 de noviembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

²⁷⁷ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-574/97 del 7 de noviembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA; C-543/92 del 1.º de octubre de 1992, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; y T-442/94 del 11 de octubre de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

²⁷⁸ Íd. Sentencia T-173/93 del 4 de mayo de 1993, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

²⁷⁹ Sobre la vía de hecho: Corte Constitucional. Sentencia T-173/93 del 4 de mayo de 1993, MM. PP.: HERNANDO HERRERA VERGARA y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; y Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

²⁸⁰ Íd. Sentencia C-365/00 del 29 de marzo de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

eminentemente procedimental, encuentran fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad”²⁸¹.

En tal sentido, la Corte ha precisado que la independencia “hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones [...] a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial”. Y respecto de la imparcialidad, ha definido que “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética [...] sino también de responsabilidad judicial”²⁸².

Estas interpretaciones de la Corte se relacionan directamente con la función judicial, con los fines que esta función se propone dentro del Estado. En tal sentido, la Corte ha expuesto que “el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es el de impartir justicia [...] Para ello, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces”²⁸³.

Es éste el reconocimiento de la importancia del ordenamiento jurídico para el logro de los fines de la función judicial en un Estado de derecho. Porque la función judicial se fundamenta en la imparcialidad, lo cual es un asunto que contribuye a la confianza de la sociedad, pero también se relaciona con la “responsabilidad judicial”²⁸⁴.

Esta es una posición reiterativa, en las sentencias de la Corte: la función del juez ha de ser imparcial, y esta imparcialidad se relaciona con el ordenamiento jurídico²⁸⁵, para “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo”²⁸⁶.

En este análisis, aun teniendo en cuenta los fines públicos que ahora están representados en el proceso civil, no tienen cabida de ninguna manera favoritismos del juez, por “la observancia y vigencia del principio de igualdad, en el sentido de que debe darse un tratamiento igualitario a todas las personas que se encuentren dentro de una misma situación fáctica y jurídica”²⁸⁷.

“Lo que el juez hace o exige debe estar conforme a la ley y a la determinación del derecho. Según esto, hay que pronunciarse judicialmente de conformidad con lo que en el proceso se propone y se prueba, todo bajo el imperio de la ley, que es la que faculta taxativamente a la autoridad judicial para actuar dentro del proceso. Luego el juez debe proceder según estos criterios y no según su propio arbitrio.”²⁸⁸

En relación con la prueba, la Corte admite que la Constitución le da autonomía e independencia al juez para valorar la prueba, pero, en desarrollo del principio de imparcialidad, el juez debe efectuar el “análisis conjunto de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a

²⁸¹ Ídem.

²⁸² Ídem.

²⁸³ ÍD. Sentencia C-037/96 del 5 de febrero de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

²⁸⁴ Ídem.

²⁸⁵ ÍD. Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. “Tanto el juez de instancia como sus superiores, cada uno dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes, y adoptan sus decisiones sometidos únicamente ‘al imperio de la ley’ (CP art. 230)”.

²⁸⁶ ÍD. Sentencia C-540/93 del 24 de noviembre de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

²⁸⁷ ÍD. Sentencia T-297/97 del 17 de junio de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL; y Sentencia C-141/95 del 29 de marzo de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

²⁸⁸ ÍD. Sentencia T-173/93 del 4 de mayo de 1993, MM. PP.: HERNANDO HERRERA VERGARA y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

cada una, justificando la ponderación que de ellas hace y descartando sólo aquellas ilegal, indebida o inoportunamente allegadas”²⁸⁹. Lo contrario, entiende la Corte, “implicaría violar el derecho de defensa y el principio de publicidad y la posibilidad de contradicción de los medios”²⁹⁰.

Finalmente, la Corte advierte en la ley mecanismos idóneos para garantizar la imparcialidad del juez: “Las normas que consagran las causales de impedimento y recusación, se han dictado para garantizar la imparcialidad del juez. El que existan las causales, fijadas por la ley y no por el capricho de las partes, garantiza, dentro de lo posible, la imparcialidad del juez y su independencia de toda presión”²⁹¹.

D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los principios de independencia e imparcialidad del juez

Como regla general, la Corte Suprema de Justicia respeta las normas de rango constitucional que están relacionadas con la imparcialidad y la autonomía y sus sentencias se pronunciaron en el respeto de estos principios, aun antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Sobre la pertinencia de la acción de tutela en contra de sentencias, la Corte Suprema sigue de cerca lo ya planteado desde la Corte Constitucional. Admite que “la acción de tutela procede excepcionalmente contra actuaciones judiciales, cuando se trata de vías de hecho debidamente invocadas y demostradas”.

De esta manera, cuando una providencia, en forma arbitraria, vulnera o amenaza un derecho fundamental, no se debe entender como providencia judicial, porque no es la forma, sino “el contenido, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía judicial del juez”²⁹².

El juez de tutela no puede inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, porque esto vulnera los principios de autonomía e independencia del juez. “De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelva sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte”²⁹³.

En cuanto tiene que ver con la valoración probatoria, la Corte asume que en razón de la autonomía del juez al apreciar las pruebas, el error fáctico tiene que ser manifiesto, ser “tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso”²⁹⁴.

Por ello la Corte sostiene que “cuando el fallo no se sitúa ostensiblemente por fuera de lo razonable, o si no es abiertamente contradictorio o arbitrario frente al elenco probatorio, la decisión obviamente no puede ser modificada mediante el recurso de casación [...] las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte”²⁹⁵. De otro modo, la casación se tornaría una tercera instancia.

²⁸⁹ ÍD. Sentencia C-622/98 del 4 de noviembre de 1998, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

²⁹⁰ Ídem.

²⁹¹ ÍD. Sentencia C-019/96 del 23 de enero de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

²⁹² Corte Suprema de Justicia. Tutela, expediente 1583, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

²⁹³ Ver al respecto también Corte Suprema de Justicia. Sentencias C-277/5 del 30 de enero de 1996, exp. 2775, M. P.: JAVIER TAMAYO JARAMILLO; C-297/96 del 6 de mayo de 1996, exp. 2979, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA; C-439/97 del 22 de septiembre de 1997, exp. 4399, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

²⁹⁴ ÍD. Sentencia S-102/95 del 31 de agosto de 1995, exp. 4507, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

²⁹⁵ Ídem.

De igual manera, la Corte advierte que “la acción de tutela no es ni puede ser una instancia más del proceso porque de ser así todos los conflictos terminarían siendo definidos por los jueces de tutela. Aceptar esta intromisión sería como desconocer los conceptos de autonomía e independencia que caracterizan a la administración de justicia (artículos 228 y 229)”²⁹⁶.

Al efectuar el análisis sobre los poderes probatorios, la Corte sostiene que el juez de mérito no es susceptible de control en sede de casación, sino en los eventos específicos de error de derecho o de hecho evidente, burdo, que sobresalga porque “contradice los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza”²⁹⁷. El error ha de ser “tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, del tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso”²⁹⁸.

Por ello la alta corporación afirma que “resulta fuera de toda duda que al segundo inciso del numeral 1 del artículo 368 del Código de procedimiento civil, contra lo que acontece con mucha frecuencia, no puede tomársele como una invitación a los litigantes para que con libertad absoluta expongan sus críticas frente a las conclusiones fácticas en cuestión, pues lo que bajo tal concepto terminaría por dirimirse en últimas, no sería la legalidad de la sentencia impugnada sino la prevalencia del criterio valorativo del recurrente por encima del expuesto por el juez para justificar su decisión”²⁹⁹.

La Corte expresa que por aplicación del ordenamiento jurídico y como garantía del principio de independencia, también se le respeta al juez “su propia convicción sobre la configuración fáctica del asunto litigado”³⁰⁰. La Corte tiene la obligación de revisar “la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, [...] razón por la cual esta Corporación, [...] ha de recibir la cuestión fáctica tal como ella se encuentre definida en el fallo sujeto al recurso extraordinario”³⁰¹.

“La autonomía que tiene el Juzgador de instancia para apreciar objetivamente las pruebas, es lo que impide, en principio, que sus juicios en este campo puedan ser impugnados exitosamente en casación.”³⁰² Pero esta autonomía no contempla poderes para el juez que le lleven a pretermitir pruebas o a valorar las pruebas haciéndoles decir lo que no dicen. Porque los poderes del juez en la apreciación de la prueba no son absolutos, de ningún modo: están inmersos en los principios del debido proceso y del principio de legalidad, por tanto deben acatar las pautas dadas por el constituyente y por el legislador.

En este sentido, la Corte advierte que cuando el juez “desatiende las líneas trazadas por la ley y de ello fluye su quebranto, bien porque el entendimiento de los hechos se apoyó en premisas falsas, ora porque se fundó en hechos inexactos, queda al descubierto que la función no se ciñó a derecho y decae el principio de la autonomía del juez de instancia en la apreciación de la prueba, colocando así a la sentencia en trance de censura”³⁰³.

²⁹⁶ ÍD. Sentencia C-241/4 del 16 de agosto de 1995, exp. 2414, M. P.: JAVIER TAMAYO JARAMILLO.

²⁹⁷ ÍD. Sentencia S-008/96 del 8 de febrero de 1996, exp. 4380, M. P.: JAVIER TAMAYO JARAMILLO.

²⁹⁸ ÍD. Sentencia S-043/96 del 24 de junio de 1996, exp. 4424, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Ver también Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-153/00 del 4 de septiembre de 2000, exp. 5420, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

²⁹⁹ ÍD. Sentencia S-034/96 del 30 de mayo de 1996, exp. 4689, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. Ver también sobre este tema ÍD. Sentencias S-082/01 del 8 de mayo de 2001, exp. 5692, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ; y S-100/01 del 25 de mayo de 2001, exp. 6433, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

³⁰⁰ ÍD. Sentencia S-039/98 del 22 de mayo de 1998, exp. 4996, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. Ver al respecto ÍD. Sentencia S-097/01 del 24 de mayo de 2001, exp. 6579, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

³⁰¹ ÍD. Sentencia S-039/98 del 22 de mayo de 1998, exp. 4996, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

³⁰² ÍD. Sentencia S-041/98 del 2 de junio de 1998, exp. 5029, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

³⁰³ ÍD. Sentencia S-180/00 del 29 de septiembre de 2000, exp. 5609. M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Itera la Corte, en respeto de la autonomía e independencia de los jueces, que para apreciar las pruebas, “los fallos por ellos proferidos [...] [serán] amparados en la presunción de acierto”³⁰⁴.

El quiebre de un fallo en casación exige, merced a lo extraordinario del recurso y al principio dispositivo que lo inspira, el rompimiento de la presunción de acierto que arroja a la sentencia enjuiciada, así como, en tratándose de acusación consistente en violación de ley sustancial por el sendero indirecto con apoyo en el error de hecho, la demostración palmaria de una equivocación evidente y trascendente cometida por el sentenciador en la apreciación de las pruebas obrantes en el expediente³⁰⁵.

No admite, pues, la Corte, al respecto, ni siquiera un criterio de ponderación probatoria diferente. Porque, repite, para “respetar la autonomía probatoria del tribunal [...] aquél seguirá abrigado por la presunción de legalidad y acierto con que llega a la Corte”³⁰⁶.

III. LA DECISIÓN JUDICIAL IMPARCIAL

La imparcialidad que se espera de la decisión judicial hace parte del sentido de justicia. Por ello, la sentencia se cualifica desde varias perspectivas: la función judicial, la decisión del juez y el principio de publicidad. Aquí subyace la discusión entre juez activo y juez autoritario, tema que tiene mayores implicaciones jurídicas que pragmáticas³⁰⁷.

A. La función jurisdiccional

La función jurisdiccional³⁰⁸ se entiende comúnmente por la doctrina en su sentido amplio, como el deber-poder de los jueces de formular sentencias de mérito para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses; en este poder-deber se encuentra el *ius dicere* sobre el ordenamiento jurídico.

Es plausible entender la jurisdicción, como afirma RICO³⁰⁹, con un criterio más integrador que excluyente, que dé cuenta de todos los elementos que la integran y caracterizan, esto es:

³⁰⁴ ÍD. Sentencia S-100/01 del 25 de mayo de 2001, exp. 6433, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

³⁰⁵ ÍD. Sentencia S-071/04 del 29 de julio de 2004, exp. 7306, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

³⁰⁶ Ídem.

³⁰⁷ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 181: “El peligro de que la decisión discrecional y ‘creadora’ se traduzca en una escogencia subjetiva y arbitraria no es solamente una eventualidad teórica, sino una posibilidad cotidianamente presente en la praxis judicial”. ALEJANDRO NIETO. *El desgobernado judicial*, Madrid, Trotta, 2005, p. 74: “[el juez] es un funcionario que agobiado por el trabajo y las presiones de todo orden, intenta hacer lo que no puede y a veces incurre en lo que no debe, con frecuencia sin conocer los datos del litigio y de bien ordinario sin disponer de tiempo ni de los instrumentos imprescindibles para sentenciar responsablemente”.

³⁰⁸ Sobre jurisdicción y función jurisdiccional se puede consultar a: GUASP. *Derecho procesal civil*, cit., p. 91: “La jurisdicción puede concebirse tanto desde un punto de vista subjetivo (conjunto de los órganos estatales que intervienen en el proceso) como desde un punto de vista objetivo (conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos del Estado) [...] al fija el concepto de Jurisdicción, conviene superar estas acepciones parciales y referirse a una idea más amplia, la idea de función, en virtud de la cual la jurisdicción o administración de justicia en sentido estricto, se define como la función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones”; VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., p. 99: “La jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho”; ROJAS. *Teoría general del proceso*, cit., p. 40: “pronunciar el derecho en relación con los problemas concretos de contenido jurídico que causan malestar social e incomodan la convivencia, se le conoce con el nombre de jurisdicción”; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 165: “Estudia la jurisdicción bajo tres criterios: orgánico, funcional y formal. El criterio funcional o teleológico atiende al contenido de la función y a su último fin que consiste en la aplicación del derecho, ‘la actuación de la ley’”; RICO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 335: “*Juris dictio, juris dicere*, representan la etimología del vocablo jurisdicción. Decir el derecho, dicción del derecho traducen ambos y a ello se circunscribe ordinariamente en la doctrina la explicación del origen”.

³⁰⁹ RICO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 354.

1. Es una función pública a cargo del Estado o ejercida transitoriamente por particulares, 2. Permanente como garantía constitucional, 3. Desconcentrada, 4. Autónoma, 5. De libre acceso para toda persona, 6. Reglada, 7. Con límites subjetivos, materiales y temporales, 8. De carácter general, 9. Privativa o exclusiva, 10. Única, 11. Independiente, 12. Gratuita, 13. De orden público, 14. De derecho público, 15. Extraterritorial, 16. Con unidades territoriales judiciales, 17. Generadora de responsabilidad para quienes la ejercen, 18. Adelantada al amparo de reglas procesales con el fin de hacer efectivo el derecho sustancial [...] 19. Aplicadora de sanciones entendidas como premios o castigos legales, 20. Con observancia plena de los términos procesales, 21. Fundada en la coercibilidad y en la coacción como notas esenciales del sistema jurídico para dirimir el conflicto, 22. Con determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, 23. Susceptible de su actuación práctica consecencial, y 24. Para poner en vigencia los valores jurídicos.

La función jurisdiccional en el derecho contemporáneo es compleja³⁰⁰. Y como elemento integrador del Estado de derecho, la función del juez es pública, por ello se le considera un deber-poder, y se obtiene por delegación del mismo poder constituyente³⁰¹.

Una función pública debe relacionarse armónicamente con los fines del Estado³⁰², que hacen parte de los principios fundamentales³⁰³ y del preámbulo³⁰⁴ constitucionales.

Por ello la función judicial se presenta en el Estado social de derecho como esencial³⁰⁵, y en sus sentencias deben confluir las principales estructuras del tejido social: justicia, igualdad, conocimiento, convivencia, democracia, dignidad humana, prosperidad y servicio para la comunidad, entre otros.

Estas características o garantías constitucionales implican incremento en los poderes del juez, es lo que se denomina “juez director del proceso”³⁰⁶, quien no solamente decide la solución del conflicto mediante el ordenamiento jurídico, sino que además propende a la protección directa de los derechos fundamentales y a la aplicación de las garantías constitucionales.

Es indudable que el acto judicial decisorio de mayor trascendencia en la función jurisdiccional es la sentencia. Lo que se pretende en el derecho contemporáneo es que el juez director elabore

³⁰⁰ LUIS CARLOS SÁCHICA. *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 20.^a ed., Bogotá, Temis, 1996, pp. 267-271: “La función judicial es clave del Estado de derecho. De una parte, es una contención del poder del Estado; de otra, la garantía de los derechos y las libertades de los particulares frente al Estado y demás particulares”.

³⁰¹ Constitución Política de Colombia, art. 228: “La Administración de Justicia es función pública”.

³⁰² *Ibíd.*, art. 2.º: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

³⁰³ *Ibíd.*, art. 1.º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

³⁰⁴ *Ibíd.*, “Preámbulo”: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente [...]”.

³⁰⁵ *Ibíd.*, art. 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en que casos podrá hacerlos sin representación de un abogado”.

³⁰⁶ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 82: “Esta publicización implicó aumentar los poderes del juez de dirección y control en el ánimo de establecer un proceso judicial de bienestar que correspondiera, en general, con el crecimiento de la intervención del estado en todas las esferas de la vida”.

sentencias racionales, “basadas en determinado conocimiento y valoraciones”³¹⁷.

Es por esto por lo que la decisión del juez constituye uno de los epicentros de análisis para el derecho. Es importante determinar la forma racional en que el juez soluciona los múltiples problemas epistemológicos que se le presentan al momento de decidir.

El primer problema de relevancia para la sentencia se encuentra en la evaluación de los hechos. El juez debe establecer la importancia de los hechos aducidos por las partes, su capacidad representativa³¹⁸, debe “reconocer en el caso formulado, consecuencias jurídicas”³¹⁹.

El segundo problema está directamente relacionado con la confirmación de los hechos mediante la prueba. Esta es una actividad compleja que el juez realiza durante todo el proceso, para establecer la relevancia de la prueba y valora en la fase final su credibilidad. “La afirmación de que la justicia de la decisión depende también de la veracidad de la comprobación de los hechos, parece obvia.”³²⁰

También es parte de la interpretación del juez elegir y aplicar el ordenamiento jurídico mediante unas reglas de interpretación. Es lo que TARUFFO³²¹ denomina los requisitos de coherencia interna y universalidad de la *regula iuris*.

La interpretación del ordenamiento jurídico debe ser coherente³²², demostrar una relación intrínseca entre los hechos de la causa fáctica de la pretensión y el elemento fáctico de la norma. Además, el ordenamiento interpretado debe tener vocación de universalidad³²³, el juez debe plantear una decisión tan genérica que le permita retomarla en otras decisiones.

Esta es la responsabilidad social de la función jurisdiccional: responder a una estructura legal y democrática en la solución de los casos.

B. La decisión del juez, con un sentido de justicia

El juez integra, por medio de sus sentencias, todas las actividades que le impone la función pública jurisdiccional.

Como expresa TARUFFO³²⁴, la decisión judicial, en un sentido amplio, se puede ver desde dos

³¹⁷ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho*, cit., p. 35: “Racional significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada, la decisión es racional si se basa en determinado conocimiento y en determinadas valoraciones”.

³¹⁸ CARNELUTTI. *La prueba civil*, Buenos Aires, Arayú, 1947, p. 14: “La capacidad representativa depende, por tanto, de la estructura o de la Constitución del hecho: existen hechos representativos y hechos no representativos”.

³¹⁹ DIANA RAMÍREZ. “Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional”, en *Controversia Procesal*, Medellín, Jurídica Sánchez, 2006, p. 111.

³²⁰ TARUFFO. *Poderes probatorios*, cit., p. 33.

³²¹ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 187: “Esto implica que la interpretación/aplicación de la norma, o sea la determinación de la *regula iuris* que fundamenta la decisión, cumpla por lo menos dos requisitos, que podríamos definir como *coherencia interna* y como *universalizabilidad*”.

³²² *Ibíd.*, p. 188: “[...] correspondencia entre el caso en cuestión concreto comprobado por el juez (el ‘hecho’) y el caso abstracto determinado por medio de la interpretación (la ‘norma’) y referido al caso especial (o sea ‘concretado’). No es fortuito que sea en la relación entre estos dos elementos fundamentales de la decisión donde se determina el momento central de su posible racionalidad”.

³²³ Ídem: “El juez formula una regla de decisión que pretende ser aplicable también en otros casos, y no sólo a una decisión específica, cuando él se coloca en el contexto de las reglas y fundamenta su decisión en principios de igualdad y racionalidad de la administración de justicia”.

³²⁴ TARUFFO. *Poderes probatorios*, cit., p. 28-36.

puntos: el primero asume la decisión judicial como el poner fin a una disputa privada, y su único propósito es resolver la disputa privada; el segundo admite que la decisión judicial resuelve el litigio, pero mediante la aplicación del ordenamiento jurídico.

La decisión judicial como el acto definitorio de una disputa entre particulares implica que la función jurisdiccional no desarrolla intereses públicos. Es una estructura funcional del Estado para responder a intereses privados. Es así como en esta perspectiva no es determinante la forma en que se resuelva el conflicto –siempre que se haga por medios legales–. No es una tarea implícita en la función del juez encontrar una fórmula más justa o correcta. “Si se retiene que el verdadero y exclusivo fin del proceso y de la decisión es aquel de poner fin a la controversia, entonces se tienen otros modos, más rápidos y eficaces, para lograr el objetivo, lo eran las ordalías”³²⁵.

La decisión, como elaboración a partir del ordenamiento jurídico para dar solución a un caso, permite abordar la finalidad mixta del proceso civil. La decisión judicial concreta en sí misma los intereses privados y las finalidades públicas propias del Estado social de derecho.

Desde esta perspectiva, la decisión del juez integra el ordenamiento jurídico para resolver las disputas. El objetivo no es, exclusivamente, la resolución del conflicto, el juez además busca reglas uniformes que permitan “una mejor manera” legal y racional, esto es, justa.

La estructura política del Estado social y constitucional de derecho exige unos estándares mínimos relacionados con la decisión judicial. El juez debe establecer la igualdad de las partes en la controversia probatoria, asegurar la legítima defensa, impulsar el proceso, calificar los hechos representativos, identificar la mejor manera de confirmar la veracidad de los hechos e integrar el ordenamiento jurídico.

A todo ello se agrega que en la decisión judicial el juez debe dar cuenta del respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. En esta medida el juez está revestido de poderes discrecionales³²⁶ que le permiten actuar para decidir con criterio y responsabilidad.

En esta complejidad, juez activo no es sinónimo de juez autoritario, es su antítesis. El juez autoritario manipula el proceso y la prueba, expropia las garantías de las partes y no tiene respeto por el debido proceso o por los derechos fundamentales. El juez activo personifica el modelo del principio democrático, por tanto es respetuoso de los principios de legalidad y publicidad, y, por excelencia, del debido proceso y de todos sus principios integradores.

La decisión de un juez autoritario no es controlable porque se escuda en criterios políticos arbitrarios y particulares. El marco de acción que predomina y sustenta sus actos es el poder desbordante, no la dialéctica del proceso.

Se dice que la decisión de un juez activo tiene la mayor pretensión de corrección porque es controlable. En ella se realiza la confirmación del *factum*³²⁷ lo más cerca posible de la verdad histórica³²⁸. No hay decisión justa si los hechos se establecen de forma equivocada, mentirosa,

³²⁵ Ibíd., p. 31. También TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., pp. 153-156: “Una *decisión-making* que se desarrolle por medio de juicios racionales tiene mayores *chances* de conducir a una decisión justa y, por tanto, aceptable, y tiene también mayores probabilidades de reflejarse de manera bastante fiel en la motivación de la sentencia, a pesar de las diferencias estructurales existentes entre razonamiento decisorio y argumentación justificativa. De otro lado, la necesidad de justificar de manera expresa y argumentada la decisión puede inducir al juez a juzgar por medio de juicios racionales, en vez de tirando los dados o con otras inaceptables modalidades de escogencia”.

³²⁶ Ibíd., p. 178: “Se trataría, en esencia, de tomar en consideración todos aquellos aspectos del razonamiento decisorio en los cuales el juez ejerce poderes discrecionales, o sea poderes consistentes en la elección de una entre varias posibles alternativas de la decisión. De esta manera ‘poder creador’ y ‘escogencia discrecional’ terminan por ser esencialmente sinónimos”.

³²⁷ Ibíd., p. 180: “Por otro lado, tarea esencial del juez no es solo establecer cuáles son los hechos importantes a la luz de las normas aplicables, sino también aplicar las normas a esos hechos que hayan sido *comprobados* con fundamento en las pruebas disponibles en el caso particular”.

³²⁸ Ibíd., p. 204: “Una comprobación verídica de los hechos de la causa es a su vez necesaria por cuanto ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en hechos equivocados, o sea en una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias que son la base de la controversia. Si los hechos no se comprueban de manera racional y verídica, cualquier aplicación de cualquier norma a

maliciosa o no correspondiente con la verdad.

La decisión del juez activo es controlable en cuanto establece una relación entre la causa fáctica y las pruebas³²⁹. La relación entre los hechos y las pruebas se establece mediante criterios de valoración, y estos a su vez se exponen con motivaciones y argumentos. El juez activo controla la relevancia de la prueba, establece la utilidad, la pertinencia y la conducencia de las pruebas, pero siempre permite la controversia de las partes.

La decisión del juez activo es controlable también en la aplicación del ordenamiento jurídico. El juez busca la formulación preferible –no la única de entre las normas del ordenamiento jurídico³³⁰ que pueden ser aplicables al caso para resolverlo. Esta elaboración es bastante compleja en el derecho contemporáneo, por ello la controversia de las partes también le aporta a la decisión del juez en cuanto a los elementos normativos.

Como dice WRÓBLESKY³³¹, se trata de establecer una “decisión interpretativa verificada”, una sentencia con “argumentos justificados y una decisión con una lógica aceptada”.

La decisión justa permite la controversia y la dialéctica abierta. Por ello concluye acertadamente TARUFFO que el fin de la decisión es ser justa:

Para que una decisión sea justa en los objetivos de los procesos judiciales, se requieren tres condiciones, todas condición necesaria para que haya una decisión justa pero ninguna de ellas individualmente, es considerada suficiente para que se produzca este tipo de decisión justa. La primera de estas características es que el procedimiento debe ser correcto, equilibrado, lo cual se puede cuando el juez es independiente, cuando el juez es imparcial y cuando se respeta el derecho a ser oído en el proceso. La segunda condición necesaria, es que en el proceso los hechos del caso tienen que ser determinados de manera correcta, veraz y completa. No puede haber una decisión judicial justa, si no está basada en una determinación correcta de los hechos. Y la tercera condición es que en el proceso judicial tiene que haber una identificación correcta y adecuada de la norma legal relevante, y de la misma manera una interpretación y aplicación igualmente correcta de esa norma³³².

C. El principio de publicidad y la decisión judicial imparcial

El principio de publicidad³³³ es una garantía constitucional que se encuentra directamente

ese caso particular resulta privada de fundamento, y por tanto arbitraria”.

³²⁹ Ibíd., p. 180: “También en la apreciación de las pruebas el juez goza –en los ordenamientos modernos inspirados en el principio de la libre valoración de un poder ampliamente discrecional, cuyo ejercicio se fundamenta –o debería fundamentarse en reglas racionales, pero es de todos modos muy dependiente de escogencias que el juez realiza de manera ‘libre’ de vínculos y condicionamientos normativos”.

³³⁰ NIETO et ál. *El derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 99: “No hay entonces sentencias correctas o incorrectas sino plausibles (defendibles, verosímiles, aceptables) o no plausibles. Plausibilidad que depende de la veracidad de los hechos o premisas y de la corrección de la argumentación. Pero desde unos mismos hechos reales y desde unas mismas leyes caben varias interpretaciones plausibles y eventualmente contradictorias”. TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 204: “La escogencia y la interpretación correcta de la regla jurídica aplicable al caso es obviamente necesaria: ninguna decisión se puede definir como justa, en ningún sentido del término, si se fundamenta en una escogencia errónea de la norma aplicable o en una interpretación errada, inválida o incorrecta de tal norma”.

³³¹ WRÓBLESKY. *Constitución y teoría general*, cit., pp. 89-90: “La interpretación única entonces es errada [...] es suficiente hablar de interpretación, restrictiva o literal”.

³³² TARUFFO. “La prueba, la verdad y la decisión judicial”, en *Nuevas tendencias del proceso constitucional y legal*, traducción de DIEGO EDUARDO LÓPEZ, Medellín, Universidad de Medellín, 2004, pp. 102-103.

³³³ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 52: “[...] se explica con fundamento en la propia idea del discurso. Si el procedimiento jurisdiccional ha de concebirse como un discurso en el que todos los interlocutores deben tener la posibilidad de participar mediante sus afirmaciones, argumentaciones, críticas, refutaciones y autocríticas sobre las pretensiones, las objeciones y las pruebas, necesariamente tal discurso debe ser público”.

relacionada con el debido proceso. Al igual que el principio de legalidad, puede estudiarse desde dos perspectivas: una material y otra formal.

La perspectiva material del principio de publicidad se relaciona con la dialéctica³³⁴ en el proceso. La segunda vertiente, la formal, tiene que ver con el derecho a un proceso abierto, público, no secreto.

La dimensión material del principio de publicidad surge del Estado como modelo político democrático, donde “el poder se ejerce y el derecho se origina, de manera discursiva”³³⁵. En esta medida la dimensión material del principio de publicidad tiene una relación interdependiente con otros principios constitucionales: el principio democrático, el derecho de acceso a la administración de justicia³³⁶, la legítima defensa y la contradicción.

El principio democrático³³⁷ a su vez se entrelaza con el principio de legalidad, en sus dos dimensiones: material y formal. De esta manera, la dimensión material del principio de publicidad propende al concepto de juicio o proceso dialógico³³⁸, donde “lo debido en general y el derecho en particular no dependen de un único concepto de justicia material, impuesto por la visión de la autoridad, sino del diálogo entre interlocutores que exponen sus cosmovisiones y sus necesidades, mediante procedimientos que los incluyen y les ofrece garantía de poder expresarse sin más cortapisas que aquéllas que se derivan del respeto de los derechos de los demás”³³⁹.

De esta forma, el principio de publicidad permite el ejercicio transparente de los derechos de defensa y de contradicción. Ningún elemento estructural de la pretensión jurídica queda bajo el dominio exclusivo del juez. Ni siquiera aquellos temas tradicionalmente aceptados como de exclusivo resorte de la jurisdicción, como la aplicación de las reglas de la sana crítica o la interpretación de la ley, permanecen fuera del contradictorio.

En este sentido, el principio de publicidad, desde la perspectiva material, enriquece los argumentos de la *litis*, los cuales sirven para la fundamentación y la motivación³⁴⁰ de la sentencia.

La dimensión formal del principio de publicidad³⁴¹ es la perspectiva que se estudia con mayor

³³⁴ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., pp. 114-115: “La estructura del proceso es *dialéctica* porque –como resulta extrapolando su carácter más común y probablemente esencial se basa en la contraposición entre dos (o, eventualmente, más de dos) posiciones, que se manifiestan en la presentación de dos (o más) versiones de la situación de hecho y de derecho que constituye –en sentido muy amplio el ‘objeto’ de la controversia”. CARNELUTTI. *Trattato del proceso civile*, cit., p. 96: “Parlare e ascoltare é ciò che prima di tutto il giudice e la parte debbono fare”.

³³⁵ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 9: “Esto quiere decir, que en este tipo de Estado se presupone que el soberano y los súbditos son en realidad interlocutores que actúan mutuamente dirigidos al entendimiento, con el fin de responder la pregunta práctica por excelencia: ¿qué debe hacerse?”

³³⁶ Constitución Política de Colombia, art. 228.

³³⁷ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 89: “La concepción democrática busca un justo equilibrio entre el Estado-autoridad y los derechos del individuo como tal”.

³³⁸ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 158: “De otro lado, se puede decir que vale la pena construir un juicio-proceso que tenga todas las características necesarias de una dialéctica ‘garantizada’ por las partes (con todas las complicaciones, las reglas y también con los formalismos que ello implica), y que se desarrolle de modo que prepare la decisión de la mejor manera, si se parte del presupuesto de que la decisión debe ser tomada de acuerdo con juicios racionalmente fundamentados, en lugar de según el resultado del lanzamiento de los dados o simplemente ratificando la victoria del más fuerte”.

³³⁹ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 10.

³⁴⁰ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 196: “Se debe de todas formas considerar que la justificación de la decisión cumple la función de permitir el control de las ‘buenas razones’ de la escogencia del juez solo si es *completa*. Con esto no se entiende que cada detalle de la decisión deba ser objeto de analíticas argumentaciones, sino que los aspectos fundamentales de ella sean *todos* justificados. Esto significa que la comprobación de los hechos debe ser justificada con referencias específicas a los elementos de prueba y a las razones por las cuales el juez los ha valorado deduciendo de allí consecuencias positivas o negativas en orden a los hechos de la causa, la escogencia, la interpretación y la aplicación de la regla de derecho por argumentaciones justificativas adecuadas”.

³⁴¹ Sobre el principio de publicidad: RICO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 147; QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 119, quien lo trata como tipo no como principio; ROJAS. *Teoría general del proceso*, cit., p. 59, quien lo estudia como regla del procedimiento y lo enuncia como oralidad; VÉSCovi. *Teoría general del proceso*, cit., p. 268.

énfasis en la doctrina. Surge de la garantía constitucional que tiene el ciudadano de acceder a un “proceso público y sin dilaciones injustificadas”³⁴².

Esta dimensión formal, según COMOGLIO³⁴³, lleva implícitas unas finalidades endo-procesales:

- La capacidad de prevenir cualquier abuso del poder jurisdiccional, lo cual fortalece la transparencia y el control externo del ciudadano.

- Asegurar a la parte un adecuado ejercicio de los poderes de impugnación y de defensa, sobre cualquier cuestión jurídica relevante del proceso.

- La discusión pública representa la posibilidad para el juez de salvaguardar la garantía de la imparcialidad y el principio de legalidad, para la legitimación social.

Por ello el principio de publicidad formal se posiciona como garantía para el juez que se debate entre las tensiones políticas y las crisis³⁴⁴ propias del poder democrático.

Las dos perspectivas del principio de publicidad fortalecen la transparencia de la función jurisdiccional y el control externo que la sociedad ejerce sobre esta función pública. Llevan implícito el deber de argumentación y de motivación de la decisión, lo que da cuenta de los elementos de justicia adoptados y de la legalidad en la elección del ordenamiento jurídico y en la dirección del proceso. “Es así como en nombre del pueblo y para el pueblo se ejerce la función jurisdiccional”³⁴⁵.

Lo anterior no significa, como contracara, que el principio de publicidad propicie la rigidez en la función jurisdiccional; tampoco sugiere una falta de empoderamiento en la función directiva del juez. El principio de publicidad permite una resignificación de los poderes en el proceso y en relación con las pruebas entre juez y partes: para la función judicial fortalece un juez independiente e institucionalmente activo, pero además consciente de la complejidad de la decisión judicial; y, en relación con las partes, muestra el respeto de las garantías constitucionales.

El principio de publicidad fortalece la concepción del proceso dialógico, como una estructura para discernir conflictos en relaciones de autoridad y libertad³⁴⁶. Las relaciones de autoridad se relacionan con la función del juez y con las finalidades públicas. Surge consecuentemente para el juez la obligación de motivar y argumentar las decisiones, como elementos “para el control externo y como evidencia de la racionalidad”³⁴⁷.

³⁴² Constitución Política de Colombia, art. 29.

³⁴³ COMOGLIO. *Riforme processuale*, cit., p. 124.

³⁴⁴ LUIGI FERRAJOLI. “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 15: “Dos aspectos de la crisis de la democracia: 1) Vivimos hoy una fase de crisis de los sistemas políticos democráticos. El fin de los regímenes comunistas en los países del Este y la crisis ideológica de los partidos de izquierda en los países occidentales, consumados ambos en el pasado decenio, dan cuenta del triunfo del capitalismo, por un lado, y del de la liberal-democracia, por otro, que parecen carecer ya de alternativas creíbles. Y, sin embargo, en el mismo momento en que la democracia liberal celebra su victoria, parecen resquebrajarse sus elementos constitutivos y desvanecerse sus promesas”.

³⁴⁵ COMOGLIO. *Riforme processuali*, cit., pp. 121–124.

³⁴⁶ COMOGLIO. *La garanzia costituzionale*, cit., p. 155: “Tuttavia, le garanzie costituzionali dei diritti del cittadino non sono mere ‘riproduzioni’ di norme ordinarie, le quali mantengano inalterata, al di là del ‘rafforzamento’ formale, la propria natura di norme di diritto civile, penale, processuale od amministrativo [...] la struttura di uno Stato democratico si fonda necessariamente su rapporto autorità-libertà, che le ‘norme di garanzia’ delineano a tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri. Per questa ragione, esse rivestono anche i caratteri di criteri guida nell’interpretazione costituzionalmente conforme[...] delle norme vigenti”.

³⁴⁷ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 195: “Un carácter fundamental de la decisión judicial, consistente en la necesidad de que ella sea justificada. Sobre este punto se va verificando una suerte de convergencia de dos importantes dimensiones del pensamiento jurídico: de un lado hay la tendencia históricamente sobresaliente, concretada en códigos y principios constitucionales, pero reconocida de todos modos en línea general, a configurar la motivación de la sentencia como trámite indispensable en un control externo sobre la manera como el juez ha ejercido sus poderes decisorios. De otro lado hay la tendencia, surgida más recientemente en los estudios de teoría del derecho, a poner en evidencia la función de garantía de racionalidad ínsita en el empleo de justificación”; CARLO LESSONA. “Teoría de las pruebas en derecho civil”, en *Clásicos del derecho probatorio*, vol. 2, México, Jurídica

Las relaciones de libertad que se fortalecen en el proceso como una estructura dialógica corresponden al respeto de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales que tienen las partes.

La contracara del principio de publicidad se encuentra así en el principio democrático³⁴⁸. Este principio no está directamente relacionado con los otros principios del debido proceso, como la legalidad o el juez natural, pero constituye un elemento fundacional del Estado y por tanto irradia las relaciones procesales.

Con el principio democrático se asegura una mayor participación a las partes en los elementos estructurales del litigio: hechos, pruebas y derecho. Por ello en él confluyen importantes criterios de justicia y de corrección procesal³⁴⁹: equilibrio entre los poderes del juez y los derechos de las partes. Y, por supuesto, la igualdad de las partes en relación con los derechos de defensa y de contradicción.

Como bien dice PRIETO, “igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”³⁵⁰. De ahí que la igualdad como valor esencial al debido proceso³⁵¹ se aparta del concepto reglado de paridad, se traduce en mejores fundamentaciones en la sentencia del juez y en mayores perspectivas de participación para las partes.

En una frase, el principio democrático permite acercar a las partes a una posición que les permita “influir activamente en el éxito del proceso”³⁵².

Universitaria, 2001, p. 143: “Se ha dicho que el sistema que prevalece en la ley italiana es el de la *persuasión racional* y se ha preferido esa terminología a la más divulgada del *íntimo convencimiento* por dos razones. Ante todo, porque en el sistema del libre convencimiento, en rigor, el juez puede escoger las fuentes de su convicción fuera de los medios fijados por la ley. Después, porque el sistema de la persuasión racional conlleva la obligación de fundamentar la sentencia y obliga así al juez a que el trabajo racional de crítica con que los datos probatorios se elaboran sean mejor apreciados por éste. Adviértase que la obligación de fundamentar las sentencias es la sola garantía posible para asegurar que el juez decida según *allegata et probata*”.

³⁴⁸ FERRAJOLI. *El Estado constitucional*, cit., p. 22: “De la democracia existen muchas imágenes o modelos. En el sentido común, intensamente alimentado en Italia por las actuales fuerzas de Gobierno, suele confundirse con la omnipotencia de la mayoría. Si así fuera, sería difícil negar el carácter democrático de regímenes totalitarios como el fascismo, el nazismo o el stalinismo, que probablemente gozaron, al menos en algún momento, de consensos ampliamente mayoritarios. Pero precisamente los horrores de estos regímenes han enseñado que la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrio entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen, y se pone en peligro la democracia, cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, se acumulan o, peor aún, se confunden en formas absolutas”.

³⁴⁹ Al respecto puede consultarse: TARUFFO et ál. *Lezioni sul processo civile*, cit., pp. 59-67: “In questi casi il giudice tutela il diritto nel momento stesso in cui lo crea o lo riconosce esistente sulla base di un principio costituzionale, e qualifica una situazione come giuridicamente rilevante in quanto la ritiene meritevole di tutela giurisdizionale [...] ma é utile non perdere di vista tre elementi importanti. Il primo é che in questi casi il processo viene prima del diritto. Il secondo é che il diritto viene creato dal giudice invece che dal legislatore. Il terzo é che viene meno qualunque definizione stabile e rigida del datalogo dei diritto, poiché l’opera di concretizzazione dei principi costituzionali é costantemente aperta a nuovi sviluppi”; COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 59: “Garanzie fondamentali delle parti nelle controversie civili. In una prospettiva storica, può dirsi ormai comunemente accolta l’idea secondo laquale determinate garanzie processuali in particolare, quelle derivanti dai più significativi principi di *natural justice*”.

³⁵⁰ JUAN PRIETO. “Tolerancia y memorias”, en *Problemas jurídicos y políticos*, Castilla, Cuenca, 1996, p. 30: “Nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son simple juicios sobre una igualdad fáctica y parcial [...] Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”.

³⁵¹ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 6: “Sul piano del diritto sostanziale, la libertà contrattuale presuppone soggetti giuridici eguali, che in libero accordo regolano i loro rapporti privati. Nell’ambito dell diritto pubblico l’idea dell patto sociale si basa a sua volta su omini liberi ed uguali. Nel campo processuale, é il principio dispositivo che si preoccupa di portare questa concezione ad una coerente attuazione [...] I condizionamenti sociali ed economici restano semplicemente ignorati. La possibilità giuridica viene equiparata alla possibilità di fatto”.

³⁵² TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 385: “L’art. 24 della Costituzione dev’essere rispettato ‘in ogni specie di giudizio, quale che sia la struttura dei relativi procedimenti’. Ma in questo suo ‘nucleo essenziale’ il contraddittorio non esprime l’esigenza che le parti si trovino sul un piano di parità formale nel processo, né postula affatto la cd. neutralità del giudice, bensí richiede semplicemente che gli ‘interessati’ siano posti in grado di influire attivamente sull’esito del giudizio”.

IV. LA REGLA “IURA NOVIT CURIA” EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

El principio –también denominado regla³⁵³– “*iura novit curia*”³⁵⁴ se traduce en la doctrina como el “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”³⁵⁵ (“Dadme los hechos, que yo te daré el derecho”), lo cual ha variado de alguna manera la concepción traída del derecho clásico, para entender que el juez tiene la obligación de pronunciar una sentencia conforme a derecho, aunque sea un derecho no debatido por las partes.

Como acertadamente expone MEROI³⁵⁶, la regla *iura novit curia* se ha repetido desde la antigüedad en los siguientes sentidos: “a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exime a las partes de tener que probarlo; b) como principio o regla [...] como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por las partes; c) como principio-construcción”.

Pero en el derecho contemporáneo pueden identificarse profundas variaciones a la regla *iura novit curia*.

Como regla derivada de la función jurisdiccional, *iura novit curia* tiene una estrecha relación con el principio de legalidad, porque corresponde a “un deber impuesto a los jueces de resolver los litigios utilizando el derecho”³⁵⁷. Pero este deber no implica la exclusión de las partes de la controversia jurídica, o lo que es lo mismo, no significa la exclusividad del juez en la elección de la fórmula de derecho, porque la “valoración jurídica de la realidad exterior reconocida en el proceso, es competencia exclusiva del juez”³⁵⁸.

Los principios de publicidad y de legalidad garantizan a las partes un irrestricto derecho de controvertir y defenderse, es la posibilidad de las partes de incidir en el éxito del proceso.

El aforismo *iura novit curia* como presunción, en relación con la pretensión jurídica, varía “la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional [...] este último conoce el derecho aplicable al litigio, circunstancia que exime a las primeras de alegar y probar los materiales jurídicos y que justifica, además, que el juez no se encuentre vinculado a las consideraciones de

³⁵³ No es pacífica la denominación del *iura novit curia*. Algunos sustentan su naturaleza jurídica como un principio, otros no obstante consideramos que es una regla procesal, que puede acomodarse a las necesidades de contexto en el proceso.

³⁵⁴ FRANCISCO EZQUIAGA. *Iura novit curia y de aplicación judicial del derecho*, Bogotá, Lex Nova, 2000, p. 18: “*Iura novit curia* es una aforismo latino, que significa literalmente ‘el juez conoce el derecho’, utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas”.

³⁵⁵ HUGO ALSINA. *Fundamentos de derecho procesal*, Bogotá, Jurídica Universitaria, 2001, p. 414: “No se conoce el origen de este aforismo pero ya en el siglo XIII se le utilizaba como traducción latina de una expresión que en esa fecha se hizo corriente, debido a la inclinación cada vez más acentuada de los letrados hacia las cuestiones de derecho con descuido de los hechos, lo que obligaba frecuentemente a los jueces a interrumpir la la exposición previniendo: ‘aténgase el letrado a los hechos que el tribunal conoce el derecho”.

³⁵⁶ ANDREA MEROI. “*Iura novit curia* y decisión imparcial”, en revista *Polémica Procesal*, Medellín, Señal Editora, 2008, p. 68.

³⁵⁷ EZQUIAGA. *Iura novit curia*, cit., pp. 18-19.

³⁵⁸ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 640: “Sull’applicazione del diritto, si richiama al noto antico broccardo da *mihi factum, dabo tibi ius*: la valutazione giuridica della realtà esteriore ricostruita nel processo sarebbe compito esclusivo del giudice”. En el mismo sentido, ALSINA. *Fundamentos de derecho procesal*, cit., p. 414.

derecho que eventualmente aquéllas efectúen”³⁵⁹.

Desde esta perspectiva tradicional se asume que en el proceso civil, “aunque las partes no lo indiquen o lo hagan en forma errada, al juez le corresponde calificar la relación sustancial”³⁶⁰. De ahí que el legislador establezca una referencia general sobre el derecho que se invoca, y que la omisión parcial o absoluta de la ley no se entienda como una falta de adecuación en la pretensión o en la demanda.

Esta regla entra en crisis a partir de la reformulación del ordenamiento jurídico como un sistema complejo, porque el “derecho está plagado de indeterminaciones normativas y es contrastado constantemente con principios constitucionales de gran abstracción y carga axiológica”³⁶¹. En esta medida, no se puede pretender que el juez conozca todo el ordenamiento jurídico aplicable al caso en estudio.

La complejidad de la enunciación del derecho respalda la importancia del proceso dialógico por medio del cual se fundamentan las inferencias. Porque, como expone WRÓBLESKY³⁶², “la lengua jurídica es la lengua del discurso de la práctica de la aplicación judicial del derecho. El análisis semántico de esta lengua muestra que es mixta: es una meta-lengua de la lengua del derecho, es la lengua normativa de las decisiones de justicia en la que se formulan las normas individuales; es también la lengua descriptiva y valorativa en la que se constata la existencia de los hechos, y a veces, se formula su valoración”.

Es por ello por lo que FERRAJOLI sostiene que “también la verificación jurídica al igual que la fáctica, es el resultado de una inferencia”³⁶³. La multiplicidad de opciones para la solución de un caso requiere necesariamente la contradicción abierta de la norma.

La aplicación silogística³⁶⁴ del derecho se ha superado desde finales del siglo XIX. En el contexto del derecho contemporáneo, se da la aplicación del ordenamiento jurídico como un sistema complejo³⁶⁵, donde se fortalece la discrecionalidad del juez³⁶⁶. Toda decisión que el juez toma sobre los hechos, la prueba o el derecho es selectiva³⁶⁷. Por tanto la regla *iura novit curia* solamente debe

³⁵⁹ EZQUIAGA. *Iura novit curia*, cit., pp. 18-19.

³⁶⁰ ALSINA. *Fundamentos de derecho procesal*, cit., p. 414. Al respecto, también PARRA. *Derecho procesal*, cit., p. 29: “También es deber del juez según el numeral 8 del art. 37 CPC decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicara las leyes que regulan situaciones o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y la reglas generales de derecho sustancial y procesal”. QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 492: “El juez supone como existente los hechos afirmados por la pretensión y apoyado en esa suposición realiza una primera comparación del hecho con la norma”.

³⁶¹ MEROL. *Iura novit curia*, cit., p. 5.

³⁶² WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 153.

³⁶³ FERRAJOLI. *Derecho y razón*, 2.^a ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 54.

³⁶⁴ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 648: “L’impostazione sillogistica é chiaramente inadeguata a cogliere la reale dinamica del processo formativo della decisione e schematizza a posteriori e con soverchio semplicismo un’operazione che é invece molto laboriosa e complessa [...] L’analisi delle questioni di diritto non é meno importante della discussione e del giudizio sugli elementi di fatto. La prima condiziona strettamente la seconda e viceversa”.

³⁶⁵ WRÓBLESKY. *Constitución y teoría*, cit., p. 46: “Las disposiciones y las normas tienen un significado en un contexto. Este contexto es complejo, se refiere a la creación, aplicación y funcionamiento del derecho que no pertenece al contexto lingüístico ni sistémico. Este contexto funcional implica una idea sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho. El derecho se crea aplica y funciona en el contexto de diferentes hechos psico-sociales, incluidas las normas extralegales y otros factores condicionantes como: la economía, política, cultura general. También la voluntad del legislador histórico. Se debe entender si este contexto es relevante porque influye en el legislador histórico o porque constituye un conjunto de factores que realmente determinan el significado de la regla en el momento que se hace uso, aplicación y análisis de ella”. También p. 79: “La Constitución fija principios abiertos, por eso carecen de significado fijo. La interpretación constitucional cumple funciones políticas y se basa en valoraciones políticas, por tanto otorga enormes poderes a los intérpretes oficiales”.

³⁶⁶ FERRAJOLI. *Derecho y razón*, cit., p. 54.

³⁶⁷ Al respecto ver: JUAN GARCÍA. “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en *Justicia constitucional*,

entenderse como el deber que tiene el juez de procurarse los conocimientos necesarios para decidir.

La importancia de darle una resignificación a la regla del *iura novit curia*, en el derecho contemporáneo, parte de que la “confirmación de los hechos” se realiza mediante múltiples cadenas de inferencias³⁶⁸ interconectadas e interdependientes. Es plausible sostener que hay una relación inescindible entre lo fáctico, la prueba y el ordenamiento jurídico, en la pretensión de parte.

Renunciar al derecho de contradicción en una perspectiva del litigio, esto es, con respecto a los hechos, la prueba o el ordenamiento jurídico, significa implícitamente renunciar a la posibilidad de intervenir con éxito en los otros dos. Esta posibilidad equivale a una participación de parte meramente “formal” que abiertamente se muestra en contradicción con los postulados del Estado de derecho y de la Constitución de 1991.

Por otro lado, no resulta admisible, en el ámbito de la función judicial, que se decida en “tercera vía”³⁶⁹, es decir que el juez aplique un conjunto de normas que no han sido discutidas por las partes, tomándolas por sorpresa y, de paso, desestimando sus análisis jurídicos, probatorios y fácticos. Ello constituiría una clara violación al derecho constitucional de contradicción.

Por último, dejar la elección del ordenamiento jurídico exclusivamente a la función jurisdiccional rompe con las garantías constitucionales, especialmente con la dignidad humana, que prohíbe la “cosificación” del ser humano.

Permitir a las partes la contradicción de los argumentos jurídicos hace parte de la garantía del principio democrático³⁷⁰, ya que en el Estado social de derecho están proscritos los soliloquios³⁷¹. Ello fortalece la legitimación social³⁷² de la administración de justicia y reduce la probabilidad de errores.

La resignificación de la regla *iura novit curia* hace parte de la estructura de un proceso dialógico³⁷³. Interpretando a TROCKER³⁷⁴: la regla *iura novit curia* debe ser sustancialmente

Bogotá, Legis, 2006, pp. 121-123; y FERRAJOLI. *Derecho y razón*, cit., p. 56.

³⁶⁸ TROCKER. *Processo civile e costituzione*, cit., p. 650: “In altri termini, la possibilità di pronunciarsi sulla valutazione giuridica diventa un presupposto importante per un adeguato esercizio del diritto di difendersi rispetto ai fatti. La prima non è qualcosa di autonomo e di separato che si aggiunge quantitativamente al secondo; entrambi sono due modi di essere di un *quid* qualitativamente unico ed unitario”. TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 179: “Lo que se acostumbra a llamar *subsunción* del hecho en la norma, o correspondencia entre hecho y norma, es solamente el resultado final de un especial círculo hermenéutico que conecta dialécticamente el hecho y la norma hasta lograr una correspondencia entre el hecho calificado jurídicamente y la norma interpretada con referencia al caso al cual ella es correctamente aplicada”.

³⁶⁹ Ver MEROL. *Iura novit curia*, cit., p. 13: “Es inadmisibile que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica de la que no estén en conocimiento”; y COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 69.

³⁷⁰ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p.10: “De acuerdo con este principio, como lo define Habermas, solo deben ser consideradas normas válidas, y por consiguiente, sólo deben ejecutarse aplicarse, aquéllas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales”.

³⁷¹ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 644: “la ricerca solitaria, il ‘soliloquio’ rischia di limitare la prospettiva dell’indagine e l’ambito di valutazione. Il metodo dialettico amplia invece il quadro dell’analisi, costringe al raffronto, attenua il pericolo di opinioni preconcepite e favorisce la formazione di un giudizio più aperto e ponderato [...] È il dialogo che corregge continuamente la logica e non la logica che controlla il dialogo”.

³⁷² *Ibid.*, p. 669: “L’idea del *Rechtsgespräch* non mira però soltanto a garantire una effettiva attuazione del diritto di difesa, ma tende più in general ad assicurare la ‘credibilità della giustizia’ [...] così come le ‘decisioni a sorpresa’ non pregiudicano soltanto la possibilità di far valere le proprie ragioni in giudizio, ma intaccano la stessa fiducia dei cittadini nell’amministrazione della giustizia”.

³⁷³ Al respecto: TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 670: “Il ‘dialogo’ diventa garanzia di democraticità del processo e impedisce che il principio dello *iura novit curia* sia fonte di un atteggiamento autoritario o strumento di oppressione. Nello stesso tempo esso attenua il carattere ‘burocratico’ e ‘tecnicistico’ della giustizia, le cui ripercussioni negative sono particolarmente gravi nei nostri ordinamenti”; NIETO. *El derecho y el revés*, cit., p. 171: “La única objetividad posible en el mundo del derecho es la objetividad de la técnica jurídica [...] el diálogo intergeneracional, proceso de corrección y de construcción continúa”.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 684: “La regola *iura novit curia* ne esce sostanzialmente ridimensionata. Essa non significa altro che il giudice pronuncia la

redimensionada. Ello significa que el juez pronuncia la regla jurídica para el caso concreto, después de haber garantizado las condiciones de realizar el contradictorio y el diálogo con las partes.

Antes que significar pérdida de independencia o de libertad en la función jurisdiccional, la resignificación de la regla *iura novit curia* es el reconocimiento de que el proceso es un entramado de situaciones humanas complejas, que se resuelve igualmente por medio de unos mecanismos interpretativos complejos. Como afirma NIETO, es entender que todos nos necesitamos en esta labor de administrar justicia, porque “con hombres buenos sobran los jueces; con jueces justos sobran los abogados; y con abogados honestos sobran las leyes. Pero el derecho y las leyes están en manos de profesionales de todas clases y con todos ellos hay que contar”³⁷⁵.

A. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la regla “iura novit curia”

La Corte Constitucional ha hecho importantes estudios sobre la aplicación de la regla, también denominada principio *iura novit curia*.

Para la Corte Constitucional es claro que el *iura novit curia* es una institución al servicio de la función jurisdiccional, porque permite al juez aplicar las fuentes del derecho que encuentre pertinentes, sin que obligatoriamente deba aplicar las normas que ha invocado la parte.

Así lo expone claramente cuando protege un derecho fundamental, no pedido por la peticionaria. Al efecto sostiene que, dando “aplicación del principio *iura novit curia*, según el cual “[se] permite al juez constitucional aplicar las fuentes de derecho pertinentes, sin estar atado a las normas que invocan las partes”³⁷⁶, esta Sala protegerá igualmente los derechos señalados en el párrafo inmediatamente anterior, pues también se encuentran afectados con el no pago de la licencia de maternidad a favor de la demandante”³⁷⁷.

Con un argumento similar, la Corte extiende los efectos de la decisión *extra petita* a todas las incapacidades que ha tenido el solicitante, en aplicación del *iura novit curia*. En este caso la Corte afirma que “protegerá igualmente el pago de las incapacidades correspondientes a los meses no solicitados por el demandante a la entidad accionada hasta el momento. Lo anterior implica que el ISS estará obligado a pagarle al demandante todas las incapacidades que ha tenido desde agosto de 2005, fecha en que le fue diagnosticada insuficiencia renal crónica y se vio obligado a cesar en sus labores”³⁷⁸.

La Corte entiende que las potestades que el *iura novit curia* le otorga al juez implican una verificación juiciosa, aun sobre las propias afirmaciones de las partes, que no constituyan una negación indefinida y que tengan un valor probatorio: “El juramento, ha expresado la Corte que el objetivo de prestarlo en la acción de tutela constituye un mecanismo de tipo disuasivo, cuya finalidad es impedir el ejercicio abusivo de la acción. Así mismo tiene como propósito evitar que el juez asuma la imposible tarea de comprobar si se han interpuesto ante otros jueces, por los mismos hechos y derechos, otras tutelas”.

Es insistente la Corte en señalar la importancia del deber de verificación del juez sobre el dicho del demandante, en las solicitudes de acción de tutela, más aún cuando el dicho pueda “afectar sus

regola di comportamento per il caso concreto dopo aver posto le condizioni per realizzare il contraddittorio e il dialogo con le parti”.

³⁷⁵ NIETO. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 419.

³⁷⁶ Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA al Auto 078A de 1999.

³⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-208/06 de 2006, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.

³⁷⁸ Íd. Sentencia T-549/06 del 13 de julio de 2006, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.

pretensiones, como consecuencia de una declaración de improcedencia”³⁷⁹. Y subraya que “en efecto, el juez no puede partir de la base de que los ciudadanos conocen el derecho y las normas en toda su extensión, para a partir de esa premisa, deducir de las simples afirmaciones del accionante la decisión del caso, sin entrar a estudiar las implicaciones, el alcance y la pertinencia de éstas. Antes bien, es el juez el llamado y obligado a conocer el derecho –*iura novit curia*–, por lo tanto ante un caso en el que se evidencia un posible desconocimiento del significado de las normas y en consecuencia un posible detrimento de los intereses de quien solicita el amparo, es deber del juez constatar no solo lo dicho por el accionante sino su significado. Lo contrario podría conducir a una injusta negación de acceso a la administración de justicia”³⁸⁰.

Puede sostenerse, además, que para la Corte Constitucional el *iura novit curia*, como deber que tiene el juez de interpretar correctamente el derecho, trasciende la esfera de lo sustancial. Son ejemplos de esta posición jurídica las siguientes sentencias.

Se presenta una acción de tutela por violación al debido proceso. El solicitante argumenta que presentó un recurso de reposición y apelación erradamente, ya que debió presentar la súplica, y que por este motivo el tribunal contencioso le rechaza la demanda. La Corte concede la acción de tutela y expresa que se debe dar aplicación *mutatis mutandi* al *iura novit curia*.

La Corte identifica el problema jurídico así: “Debe analizar si se configura una vía de hecho de carácter procedimental cuando el juez no da curso oficiosamente al recurso procedente frente a la actuación judicial demandada habiéndose presentado y sustentado un recurso errado en el mismo tiempo y forma en que debió haberse interpuesto el que corresponde según los términos legales”³⁸¹.

Para dar respuesta a este problema jurídico, la Corte revisa las causales que ha consagrado como vía de hecho, que pueden enumerarse así:

(1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial³⁸².

A partir de estas causales, la Corte se concentra en los defectos procedimentales³⁸³, que pueden denominarse exceso de ritual manifiesto, lo cual da como consecuencia la arbitrariedad procedimental:

En el ejercicio de la protección del debido proceso, armonizada con el respeto a la autonomía judicial, la Corte considera que sólo se constituye una vía de hecho por defecto procedimental cuando el juez ignora completamente el procedimiento establecido, escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables en el caso concreto o hace caso omiso de los principios mínimos del debido proceso contenidos en la Constitución, señalados, principalmente, en los artículos 29 y 228 constitucionales. En este orden de ideas,

³⁷⁹ ÍD. Sentencia T-919/03 del 9 de octubre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ ÍD. Sentencia T-289/05 del 31 de marzo de 2005, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

³⁸² ÍD. Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

³⁸³ Sobre exceso de ritual, ver: Corte Constitucional. Sentencias T-974/03 de 2003, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL; T-306/01 de 2001, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA; T-950/03 del 16 de octubre de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT; y T-1123/02 del 12 de diciembre de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, entre otras.

prima facie, no se configura una vía de hecho cuando el juez lo que hace es cumplir con lo prescrito en la ley³⁸⁴.

Sin embargo, la Corte no descarta que se configure una vía de hecho, por aplicar una norma procedimental según su tenor literal, si se trata de una disposición de contenido manifiestamente contrario a la Constitución; para el caso concreto, se hace “indispensable emplear la excepción de inconstitucionalidad”³⁸⁵. Y para hacerlo establece tres criterios de análisis sobre la norma: “(1) cuyo contenido normativo es evidentemente contra-rio a la Constitución, porque la Corte Constitucional previamente así lo declaró con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicación claramente compromete derechos funda-mentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte Consti-tucional que excluyó del ordenamiento jurídico el sentido normativo único e ínsito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisión”³⁸⁶.

La Corte advierte que se incurre en defecto procedimental por “ciega obediencia del derecho procesal cuando de esta se deriva el desconocimiento de un derecho sustancial”³⁸⁷. Y además concluye que el ritual excesivo vulnera el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia:

El derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, ha sido calificado por la Corte como un derecho medular, es decir como la garantía real y efectiva que el Estado le ofrece al individuo [...] En esa perspectiva, para que el acceso a la administración de justicia sea efectivo, no basta con que el juez le dé trámite a la solicitud, es necesario que éste proceda a la resolución de las peticiones, previo el análisis y la ponderación de las pruebas y los argumentos que se alleguen al respectivo proceso, o que él recopile, lo cual le permitirá arribar a una decisión razonada y razonable, ajustada en todo a las disposiciones de la Constitución y la ley³⁸⁸.

Pero esta potestad no es absoluta; la Corte subraya que “la autonomía judicial y la libertad que tienen los jueces de interpretar y aplicar la ley no puede llegar al extremo de implicar un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, ni un incumplimiento del deber de proteger especialmente a aquellas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, reduciendo el ámbito de aplicación y por ende la eficacia de los mecanismos legales que desarrollen el objetivo constitucional de la igualdad”³⁸⁹.

Tampoco puede el juez, por medio del *iura novit curia*, pronunciarse sobre aspectos *extra petita* que comprometan hechos diferentes de los que se estudian en la demanda. Así lo establece la Corte al resolver sobre una solicitud de coadyuvancia:

La Sala de Revisión advierte que es cierto que un eventual pronunciamiento con respecto a la pensión de sobrevivientes afectaría a Riesgos Profesionales Colmena S.A. por cuanto determinaría provisionalmente si le corresponde a ella o, en caso contrario a la entidad demandada, asumir los costos relacionados con la pensión de sobrevivientes. Empero, la decisión de revisión e incluso de las instancias ordinarias no afecta los intereses de la empresa que pretende coadyuvar a los demandantes, pues los jueces no deben

³⁸⁴ ÍD. Sentencia T-289/05 del 31 de marzo de 2005, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

³⁸⁵ Ídem.

³⁸⁶ ÍD. Sentencia T-522/01 del 18 de mayo de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

³⁸⁷ ÍD. Sentencia T-289/05 del 31 de marzo de 2005, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

³⁸⁸ ÍD. Sentencia T-476/98 del 8 de septiembre de 1998, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

³⁸⁹ ÍD. Sentencia T-1072/00 del 17 de agosto de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

pronunciarse extra petita sobre aspectos ajenos a las consideraciones de la parte demandada³⁹⁰.

Una providencia que muestra con claridad los límites que tiene el juez en la aplicación del *iura novit curia* es aquella del salvamento de voto al Auto 078A de 1999 mediante el cual se estudia la posible nulidad de la Sentencia T-568 de 1999.

Esta es una pieza doctrinaria de gran importancia porque los magistrados que la suscriben, tras un estudio de gran profundidad jurídica, hacen fuertes críticas a la posición mayoritaria que adoptó la Corte Constitucional, que no está dispuesta “a examinar los protuberantes yerros que se replican por este medio con el propósito de introducir las correspondientes enmiendas”. Estos errores, como se verá, tienen conexión con la mala práctica y el abuso del *iura novit curia* por parte de los jueces.

Afirman los magistrados: “El principio *iura novit curia* permite al juez constitucional aplicar las fuentes de derecho pertinentes, sin estar atado a las normas que invocan las partes. Pero no existe ninguna facultad a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional”, de tal forma que “ni la Sala plena ni las salas de revisión, tienen autoridad suficiente para mutar el objeto de un proceso constitucional”³⁹¹.

Exponen los mismos magistrados:

La Sala cuarta en lugar de contraerse al tema suscitado por el sindicato [...] procedió a ordenar el reintegro de los 209 trabajadores despedidos y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir. El pronunciamiento de la Sala cuarta resuelve en sentido contrario las pretensiones elevadas en su momento ante los jueces laborales y ante el Consejo de Estado [...] Por arte de prestidigitación, sin que se solicite en la tutela la declaración de vía de hecho referida a un conjunto significativo de sentencias y, también, sin que en los fundamentos de la sentencia de revisión de la Sala cuarta se estudien sus aparentes vicios, terminan por desaparecer del horizonte jurídico 209 sentencias de los jueces laborales y una sentencia del Consejo de Estado. Tampoco en la parte resolutive se revocan o anulan expresamente las providencias que habían desatado, mediante sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada, la litis concerniente al despido y reintegro de los trabajadores.

En este caso, oficiosamente la Sala cuarta decidió de hecho –sin explicación alguna y sin tomarse el trabajo de expresarlo–, soslayar el asunto de fondo consistente en establecer los derechos violados a raíz del presunto desacato de la recomendación del comité de libertad sindical, y, en su lugar, revocó materialmente sentencias anteriores ya ejecutoriadas, que la propia Corte reconoce ahora no eran objeto del debate constitucional. De otro lado, la anulación o revocación de una sentencia judicial en sede constitucional, no se produce sino excepcionalmente en los eventos precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, por consiguiente, siempre de manera expresa [...] En todo caso, patentar este atentado contra el derecho y la transparencia, no es un privilegio que puedan reclamar para sí las salas de revisión de tutelas de la Corte Constitucional³⁹².

Los magistrados CIFUENTES y NARANJO afirman en tal sentido que el *iura novit curia* tiene por lo menos dos límites importantes: el objeto del proceso constitucional y la inmutabilidad de los términos.

Se puede entender que el objeto del proceso –sea constitucional o legal– está configurado desde la pretensión jurídica, que se establece a partir de los hechos, el ordenamiento jurídico aplicable y las consecuencias jurídicas, estructura que se valida por medio del derecho probatorio.

³⁹⁰ ÍD. Sentencia T-435/06 del 5 de diciembre de 2005, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO. Esto podría ser distinto, eventualmente, si el juez de tutela extiende oficiosamente su estudio a derechos no invocados por la parte demandante en virtud del principio *iura novit curia*.

³⁹¹ Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA al Auto 078A de 1999.

³⁹² Ídem.

En el salvamento de voto, los magistrados sostienen:

No sólo la Sala cuarta desvió el objeto del proceso, sino que ya apuntando en esta dirección ignoró las sentencias de constitucionalidad emanadas de la Corte Constitucional. La revocatoria de hecho – silenciosa pero inocultable– de las sentencias judiciales anteriores a la anotada recomendación por consiguiendo la orden de reintegro de los 209 trabajadores.

La Sala cuarta, a nuestro juicio, no se limitó a modificar el objeto real del proceso –que ha debido resolver el problema planteado alrededor del presunto incumplimiento por parte de los demandados de una recomendación originada en un órgano de la OIT, sin afectar materialmente las sentencias judiciales que no eran tema de debate en cuanto que la conducta constitucional de los jueces no se cuestionaba y no entrañaba desacato alguno a la recomendación dictada con posterioridad–, sino que además introdujo una insólita innovación en el marco constitucional, con lo que pretendió cimentar jurídicamente su decisión. La Sala cuarta elevó a premisa mayor constitucional, los convenios y recomendaciones de la OIT, a fin de hacer plausible la tesis prolijada por ella, que asimila a violación de la Constitución el incumplimiento de una recomendación proveniente del comité de libertad sindical de la OIT.³⁹³

Con respecto a los términos del proceso, se puede entender que los magistrados que salvaron su voto se refieren a la finalidad o la función, la cual no puede desviarse arbitrariamente por el juez. El fin del proceso es procesar la pretensión, por ello le recriminan a la sala plena que no se concentra en solucionar el problema jurídico que se antepone en la solicitud, sino que su decisión “se sostiene en el argumento de que se violan los compromisos internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad”³⁹⁴. Y ello en transgresión del ordenamiento jurídico, porque

La competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, contemplada en el artículo 451 del CST, para declarar, en los eventos previstos en ese mismo código, la ilegalidad de una huelga, fue declarado [sic] exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-432 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz. La Corte examinó con profundidad la validez constitucional de conferir esta competencia al gobierno. No encontró la Corte tacha alguna de inconstitucionalidad. Por el contrario, concluyó que se trataba de una función íntimamente vinculada con la conservación del orden público, de carácter reglado y sujeta a un severo escrutinio judicial.

Lo anterior, además, desdice de la razonabilidad que los jueces deben darle a la aplicación de las fuentes del derecho, por cuanto

Según la jurisprudencia constante de esta Corte sólo pertenecen al bloque de constitucionalidad las reglas del derecho internacional humanitario (C.P., art. 214-2) y los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que cumplan los dos requisitos establecidos en el artículo 93 de la C.P., a saber: (1) que reconozcan los derechos humanos y (2) que prohíban su limitación en los estados de excepción. Aunque todo tratado sobre derechos humanos ratificado por Colombia, independientemente de incorporarse en el derecho interno, sirve como canon de interpretación de los derechos y deberes constitucionales, sólo aquellos que reúnen las dos condiciones indicadas, se integran además al bloque de constitucionalidad.

La Sala cuarta, en consecuencia, no podía sin ignorar la cosa juzgada constitucional, desestimar, como materialmente lo hizo, el fallo del Consejo de Estado que, con base en la norma legal declarada exequible por la Corte Constitucional, se abstuvo de declarar la nulidad de la resolución 414 del 18 de febrero de 1993, por la cual se declaró la ilegalidad del cese de actividades [...] La Sala cuarta encuentra entonces reprochable que el empleador haya optado por despedir a los 209 trabajadores que participaron en el cese

³⁹³ Ídem.

³⁹⁴ Ídem.

de actividades, calificado como ilegal por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Empero, la crítica abstracta que se formula al texto de las normas legales que habilitan esta serie de comportamientos –del empleador, del Ministerio y de los jueces que controlan la validez de los diferentes actos–, no toma en la cuenta que la propia Corte Constitucional declaró la conformidad constitucional de las normas legales que les sirven de fundamento. Ahora, si el cuestionamiento se dirigía a los hechos, esto es, al contexto de aplicación de esas normas legales, lo conducente habría sido abrir contra las sentencias de los jueces laborales y del Consejo de Estado los respectivos procesos de control de constitucionalidad, acreditando de manera adecuada los defectos mayúsculos que habrían viciado estas providencias hasta convertirlas en vías de hecho.

Por ello los magistrados CIFUENTES y NARANJO concluyen que

El juez constitucional no es el creador de la norma constitucional. Ella es fruto de la función constituyente. Ningún fin por loable que sea permite que el juez constitucional configure por sí mismo el marco constitucional que le servirá de referente para confrontar la validez de las normas legales o de fuente para construir las reglas a aplicar en una situación específica³⁸⁵.

Vale la pena retomar la idea de la aplicación del ordenamiento jurídico como un sistema complejo y la importancia de una mayor discusión en la conformación normativa que sustentará la solución de un caso concreto.

A la luz del trabajo elaborado por los magistrados CIFUENTES y NARANJO se comprenden con mayor claridad los problemas que acarrea la razonabilidad de la decisión la aplicación de la norma por el juez a manera de soliloquio.

La aplicación del derecho es tan compleja, que fueron varios los puntos de contradicción jurídica en el debate de nulidad de la Sentencia T-568 de 1999. Entre ellos podemos citar los siguientes, tomados del mismo salvamento de voto al Auto 078A de 1999:

[...] conviene precisar el alcance y significado del artículo 93 constitucional en el sentido de señalar que éste no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales “prohíben su limitación en los estados de excepción”, es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción.

Así las cosas, el artículo 93 de la Ley Fundamental debe ser necesariamente interpretado en relación con el artículo 214-2 ibídem, que prohíba la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción³⁸⁶.

Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna (C. P. art. 53). La Sala cuarta ha decidido modificar esta norma constitucional atribuyendo a los convenios internacionales de trabajo el carácter de normas constitucionales, calificación que igualmente extiende a las recomendaciones que fluyen de los órganos de control de la OIT.

Aunque no puede excluirse que algunas normas relativas al derecho internacional del trabajo puedan, por su contenido y alcance, ser consideradas fuentes directas de derechos humanos no restringibles en los estados de excepción, definitivamente ese no es el caso de la regulación atinente a la calificación de los servicios públicos como esenciales o a la designación del órgano interno llamado a resolver sobre la ilegalidad de un determinado cese de actividades. La generalidad del derecho internacional del trabajo,

³⁸⁵ Ídem.

³⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-295/93 del 29 de julio de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

de impronta universal, no es compatible con esta suerte de normativa que se desarrolla a nivel interno de los países, desde luego con sujeción a los principios generales consagrados en los convenios. En la sentencia de la sala cuarta no se hace ningún análisis sobre las normas internacionales relacionadas con esta precisa materia, ni sobre su supuesta indisponibilidad. Resulta, por tanto, aventurado que in genere convenios y recomendaciones de órganos de control de la O.I.T., se integren al bloque de constitucionalidad.

La Sala cuarta equivocadamente atribuyó a la recomendación del Comité de Libertad Sindical, la condición de imperativo constitucional. A este error sumó una incorrecta interpretación del derecho internacional del trabajo. La Sala cuarta no advirtió que la recomendación del Comité de Libertad Sindical se produjo como conclusión del procedimiento regulado por el artículo 24 de la Constitución de la O.I.T. –diferente del previsto en los artículos 26 y siguientes de la Constitución de la O.I.T., que contempla la designación de una comisión de encuesta y la eventual intervención de la Corte Internacional de Justicia–, el cual concluye con la publicación de la reclamación y, en su caso, de la respuesta recibida, según lo determine el Consejo de Administración (Constitución, art. 25).

Asumir que en el derecho contemporáneo el ordenamiento jurídico se comporta como un sistema complejo genera apertura mental y discusión abierta entre los sujetos procesales sobre la interpretación y la hermenéutica. Como afirman los magistrados CIFUENTES y NARANJO, dicha actitud evitaría errores magnos que les significan a la sociedad y al Estado no solo la dislocación de las instituciones jurídicas sino un costo económico y social sin precedentes³⁹⁷, y además le permitiría al juez respetar la posición de las partes, porque los argumentos jurídicos de la parte actora han debido trascender el soliloquio, “han debido ser objeto de mayor consideración por parte de la mayoría”.

Una equivocada interpretación del derecho internacional del trabajo, a la que se agrega el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se ha demostrado, ha llevado a la Corte a adoptar una decisión que carece de todo fundamento jurídico y que se traduce en inmensos costos para una comunidad que debe asumirlos. Esto último frente al primado del derecho, resulta siempre secundario; sin embargo, para quienes sostenemos que la decisión no se asienta sobre sólidas premisas jurídicas, se nos ocurre absolutamente injusto³⁹⁸.

B. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la regla del “*iura novit curia*”

La Corte Suprema de Justicia ha fundamentado una línea de interpretación cada vez más amplia sobre la aplicación del *iura novit curia* por parte de los jueces.

En principio, la Corte establece una posición de respeto al principio de congruencia y al principio dispositivo, de forma amplia. Tal es el caso de una sentencia donde se condena a Movifoto por el pago de varios desembolsos bancarios no cubiertos. En ella la Corte advierte que los principios “llamados ‘dispositivo’ y de ‘controversia’; no pueden menospreciar jueces y magistrados en quienes valga anotar, con alguna frecuencia se observa la nociva tendencia, motivada unas veces por la dificultad que entraña hacer de lado cómodos estereotipos conceptuales y otras por el inexplicable temor de no estar a la altura de sus funciones, de sentirse autorizados para inventar litigios que no surgen de los autos o para desfigurar los que deben resolver, incurriendo en excesos y desviaciones que los arts. 304 y 305 del C. de P. C. son enfáticos

³⁹⁷ Se tiene proyectado que el costo para las Empresas Varias de Medellín, de este “yerro”, les significa una apropiación presupuestal para reintegros, nuevos despidos e indemnizaciones de más de 3.500 millones de pesos.

³⁹⁸ Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA al Auto 078A de 1999.

en rechazar”³⁹⁹.

En efecto, la Corte indica que la facultad del juez se reduce a la apreciación en hecho y en derecho de la demanda, porque ellos son “dos factores, componentes inseparables de la ‘causa petendi’, determinan la razón de ser o el ‘título’ de la pretensión, título en cuya configuración concurren unas razones de hecho y otras de derecho, entendiendo que las primeras vienen dadas por el relato histórico de todas las circunstancias fácticas de las que se pretende deducir aquello que se pide de la jurisdicción, mientras que las segundas son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante autoatribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada”.

Porque los jueces “no cuentan con autoridad ninguna para, en correría ilimitada y arbitraria, llegar hasta desestimar las susodichas declaraciones, seleccionando de oficio acciones y vías legales no utilizadas por las personas legitimadas para hacerlo, luego salta a la vista la especial importancia que tiene la escogencia de la acción y la manera de enderezarla”.

[La] función privativa de los jueces, en desarrollo del conocido adagio ‘*narra mihi factum, dabo tibi ius*’, examinar de oficio el contenido de la litis bajo todos los aspectos jurídicos que se muestren como posibles, tarea esta en la que cuentan con amplias facultades para hallar las normas que consideran aplicables aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o, inclusive, supliendo omisiones en las que ellas hayan podido incurrir –‘*iura novit curia*’–, motivo por cuya virtud se entiende que no contravienen aquella exigencia las decisiones jurisdiccionales que, partiendo de bases fácticas aducidas en los escritos rectores del proceso, seleccionan los preceptos que estiman justos y adecuados al caso concreto, así esa selección no coincida con el tipo de alegaciones jurídicas de parte aludido; no debe perderse de vista, sin embargo, que el poder del que viene haciéndose mérito lo circunscriben precisos límites que, sin incurrir en el vicio de incongruencia positiva, no pueden ser rebasados⁴⁰⁰.

Tribunales y jueces, en consecuencia, deben ajustar sus fallos a los hechos alegados por las partes en los actos de postulación (demanda y contestación) que por lo general constituyen piezas principales en el proceso civil, e igualmente es imperativo que hagan lo propio respecto de las pretensiones⁴⁰¹.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia modela sus pronunciamientos y se muestra más permisiva con la interpretación del juez. Es el caso de una sentencia de casación donde se demanda a Intercontinental de Aviación por un accidente aéreo donde mueren 49 pasajeros. La demanda se da por responsabilidad civil contractual y se aduce que debió ser por responsabilidad extracontractual; no obstante, prospera la pretensión.

En relación con el límite objetivo referente a la extensión de la decisión jurisdiccional, debe tenerse presente que si la parte señaló el sendero por el que, a su turno, trazó la ‘*causa petendi*’, génesis de la pretensión, a través de la utilización de determinada vía sustancial, las consideraciones jurídicas del juzgador no pueden desbordar ese camino seleccionado libre y soberanamente –con independencia de su real pertinencia– por el litigante, no obstante que aquel, en desarrollo del celeberrimo principio de ‘*iura novit curia*’, podrá suplir o colmar determinados vacíos o yerros, eso sí, sin variar o distorsionar el contenido medular de lo pretendido por las partes, valga la reiteración, o lo que es lo mismo, sin desatender el axioma de congruencia. Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor,

³⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-001/99 del 19 de febrero de 1999, exp. 5099, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

⁴⁰⁰ Ídem.

⁴⁰¹ Ídem.

artífice señero del marco dentro del cual, '*a posteriori*', deberá el fallador inscribir su resolución⁴⁰².

Los jueces, como ya se recordó, cuentan

con amplias facultades para hallar las normas que consideran aplicables aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o, inclusive, supliendo omisiones en las que ellas hayan podido incurrir '*iura novit curia*', motivo por cuya virtud se entiende que no contravienen aquella exigencia las decisiones jurisdiccionales que, partiendo de bases fácticas aducidas en los escritos rectores del proceso, seleccionan los preceptos que estiman justos y adecuados al caso concreto así esa selección no coincida con el tipo de alegaciones jurídicas de parte aludida; no debe perderse de vista, sin embargo, que el poder del que viene haciéndose mérito lo circunscriben precisos límites que, sin incurrir en el vicio de incongruencia positiva, no pueden ser rebasados [...] [el] acatamiento del deber de congruencia reclama que el juicio jurisdiccional emitido en la sentencia se ajuste, no sólo a los hechos litigados sino también a la pretensión entablada de tal modo que no sean alterados los elementos que individualizan a esta última⁴⁰³.

[...] incongruencia del fallo será también (art. 368-2) cuando no está la sentencia 'en consonancia con los hechos', que se invoquen como fundamentos de las pretensiones de la demanda o de las excepciones propuestas por el demandado o que el juez deba reconocer de oficio⁴⁰⁴.

Efectivamente, como se analizó en el numeral segundo de estas consideraciones, el conocido principio de la '*iura novit curia*' no faculta al juzgador para cambiar o alterar, a su talante, los soportes basilares de la pretensión aducida privativamente por el demandante, pues aquel debe acatar dicha demarcación, en un todo de acuerdo con los derroteros trazados, a modo de valladar, por el artículo 305 del CPC modificado en 1989, especialmente en lo tocante con el sendero escogido por éste. No puede el demandante, entonces, so pretexto de su aplicación, pretender que '*ex officium*' se corrija el inadecuado empleo –según lo afirmó el fallador, de las acciones correspondientes, v. gr. cuando se reclama la indemnización de perjuicios por la vía contractual, debiendo haberse utilizado la acción de carácter extracontractual⁴⁰⁵.

En este sentido, es menester insistir en que, si bien es cierto que el administrador de justicia debe ser activo y, de suyo, actuante dentro del marco de un litigio, en orden a no traducirse en un mero e indolente espectador procesal, tampoco puede soslayar los límites objetivos que cobijan su actuación – como tal reglada, uno de ellos concerniente a no vulnerar el sustrato de la pretensión como se sabe obra exclusiva del actor, su real artífice, en la medida en que es él –y no el juez quien la esculpe y, por contera, le da forma y sustancia. De ahí la significación de que proceda '*ex abundante cautela*', con el propósito de no errar la vía autorizada –o señalada por el legislador. No en vano, a este respecto, desde los albores del derecho romano clásico, se tiene establecido –merced al relato del jurisconsulto Gayo que, 'el que ejercita una acción debe previamente explorar con cautela el negocio y proceder luego a interponerla' ('*qui agit, ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere*'). Digesto, 50, 17, 42)⁴⁰⁶.

Por último, se encuentra que la Corte Suprema de Justicia reconoce la amplitud de las facultades que provienen del *iura novit curia*, sin desatender los límites que legítimamente protegen la actividad de las partes. Es el caso del estudio sobre un contrato de venta donde no se hizo subrogación del crédito al comprador. A la muerte del vendedor el seguro paga la deuda y ahora

⁴⁰² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de septiembre de 2000, exp. 5602, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁴⁰³ Ídem. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia S-001/99 del 19 de febrero de 1999, exp. 5099, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

⁴⁰⁴ ÍD. Sentencia del 4 de septiembre de 2000, exp. 5602, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁴⁰⁵ Ídem.

⁴⁰⁶ Ídem.

los herederos piden que este monto se abone a la masa sucesoral.

El tribunal que falló en segunda instancia “consideró que las pretensiones, tal y como él las interpretó, debían prosperar, porque el mandato que apreció pedido en el escrito inicial de la controversia terminó, por sustracción de materia, desde el mismo momento en que la aseguradora pagó la citada acreencia, ya que con ello ‘prácticamente finalizó el negocio para el cual fue constituido (C. C. art. 2189)’, puesto que el convocado a este litigio ‘dejó de ser diputado para el pago de Rojas al no haber deuda que cancelar’, situación que obligaba a aquél a restituir ‘los dineros obrantes en su poder’. No obstante, “asevera el recurrente que siendo clara la causa petendi, al sentenciador le estaba ‘vedado interpretar la demanda’, a riesgo de incurrir en error de hecho”⁴⁰⁷.

Pero la Corte le aclara acertadamente que

El ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución Política, implica para el interesado tener que presentar una demanda en la que, de acuerdo con las pertinentes disposiciones del estatuto procesal civil, consigne sus peticiones y exponga los fundamentos⁴⁰⁸.

Mas como puede suceder que dicha pieza procesal se caracterice por ser confusa o ambigua [...] el juez, en su cardinal función de administrar justicia, tendrá que entrar en la tarea de interpretarla para, tras ese racional proceso, desentrañar la verdadera intención del demandante⁴⁰⁹.

El juez debe asumir “las pretensiones deducidas y los hechos propuestos tomándolos de la manera como allí se expresaron, y absteniéndose, por ello mismo, de resolver sobre lo que no le fue pedido y de decidir con respaldo en situaciones fácticas que no contempla”⁴¹⁰. Y si llegase a encontrar que “su oscuridad y confusión es de tal magnitud que objetivamente se hace imposible encontrar ese verdadero horizonte, entonces el fallador no podrá más que atenerse a la literalidad que le figure expuesta, con las consiguientes consecuencias para el accionante”⁴¹¹.

Con esa base el fallador pasó a examinar las pretensiones indicando que el ‘error de los demandantes plasmado en la demanda, en cuanto a la denominación del instituto jurídico presentado’, no le impedía estudiar las peticiones allí consignadas ya que podía ‘resolver sobre la verdadera situación jurídica configurada en el contrato’, para seguidamente estimar que efectuado ‘el cambio de denominación’ de las pretensiones, debía entender que lo deprecado era la declaratoria de que ese contrato había ‘terminado y que en consecuencia se restituya a la sucesión.’⁴¹²

Ahora, tampoco alteró el objeto de la demanda, por cuanto lo que a la postre dispuso fue justamente la terminación tal y como le fue solicitado en el documento inicial del pleito [...] no hizo cosa diferente a darle otra calificación jurídica al acto bilateral sobre el que se le solicitó la declaración de terminación, en lo que en ningún error incurrió, puesto que tal proceder no es más que el desarrollo y aplicación del conocido principio de derecho *iura novit curia*, según el cual es al juez a quien compete conceder el derecho, antes que atenerse a lo que en temas de orden jurídico las partes le tracen.⁴¹³

⁴⁰⁷ ÍD. Sentencia SC-136/05 del 11 de julio de 2005, exp. 7725, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

⁴⁰⁸ Ídem.

⁴⁰⁹ Ídem.

⁴¹⁰ Ídem.

⁴¹¹ Ídem.

⁴¹² Ídem.

⁴¹³ Ídem.

En el mismo sentido se pronuncia la Corte ante una demanda de simulación donde se genera un desconocimiento de testigos válidos y el valor probatorio y la valoración de la conducta de las partes.

La Corte considera que no es procedente que las pruebas “las haya ignorado por completo en esa labor, en un ejemplo típico de preterición de pruebas; con el agravante de que, bien miradas, descubren sin tropiezos un error descomunal del juzgador [...] es de fuerza para la Corte en la labor que tiene de interpretar la demanda, por supuesto que el principio *iura novit curia* así lo impone, declarar que el tal mandato existió”⁴¹⁴.

V. LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Analizar los poderes del juez en relación con la prueba implica “establecer las relaciones entre las partes y el juez para instruir la causa”⁴¹⁵, lo cual, según TROCKER⁴¹⁶, aparece como una alternativa entre libertad y restricción, entre certeza y arbitrio.

Los poderes de control en el proceso civil del *civil law* se fundamentan desde dos perspectivas: *formelle Prozessleitung* o dirección formal del proceso, y *materielle Prozessleitung* o poderes instructores en sentido propio.

Los poderes de dirección formal permiten el impulso de las diversas etapas procesales, el control de las audiencias y vigilar las garantías legales del proceso. “Aunque este poder no está vinculado con la demanda, las alegaciones y las pruebas introducidas por las partes, el juez puede investigar de oficio hechos o cuestiones relevantes para tomar la decisión.”⁴¹⁷

La dirección material del proceso corresponde a los poderes de instrucción para ordenar la prueba que pueda ser requerida para la decisión. “Contempla el deber-poder de investigar también de oficio los hechos relevantes [...] Puede el juez tener especiales deberes de informar, aconsejar y asistir a las partes para inducirlos a cooperar con el acercamiento de la verdad real de los hechos controvertidos. Corresponde a la función social de la justicia.”⁴¹⁸

Los poderes materiales del juez no son absolutos. El equilibrio se establece a partir del respeto de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales.

El deber-poder de instrucción, según COMOGLIO⁴¹⁹, exige el respeto de las siguientes garantías:

- En primer lugar, la garantía a ser oído, que exige que todos los sujetos procesales tengan las condiciones suficientes para intervenir en cada etapa del proceso, normalmente antes de la sentencia del juez, con el fin de influir sobre el contenido de la decisión y sobre el convencimiento del juez.
- La garantía de la defensa, porque todo sujeto, bien sea el actor o el contradictor, debe tener la efectiva posibilidad de hacer valer sus propias pretensiones, mediante el ejercicio de los poderes procesales que la ley le ha atribuido.
- La garantía de la efectiva contradicción, porque correlativamente el juez debe tener como

⁴¹⁴ ÍD. Sentencia SC-121/05 del 9 de junio de 2005, exp. 1995-9457-01, M. P.: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ.

⁴¹⁵ COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 57: “I rapporti fra le parti e il giudice, nell’istruzione della causa, rappresentano il colui di qualsiasi modello processuale, costituendo altresì un attendibile banco di prova della sua efficienza”.

⁴¹⁶ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 7: “La scelta tra un giudice sostanzialmente passivo e vincolato alle iniziative delle parti e dei loro difensori, e un giudice attivo e dinamico munito di ampi poteri di direzione formale e materiale del processo, appare come un’alternativa tra libertà e costrizione, tra certezza ed arbitrio”.

⁴¹⁷ COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 57.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁴¹⁹ COMOGLIO. *La garanzia costituzionale*, cit. p. 118.

fundamento de la propia decisión hechos o elementos probatorios sobre los cuales las partes hayan tenido la adecuada oportunidad de contradicción.

Esta relación entre los poderes del juez y las garantías constitucionales de las partes se desprende del modelo político. Como bien lo expresan HAZARD y TARUFFO²⁰, la concepción del Estado tiene consecuencias directas sobre el rol de los jueces y sus poderes-deber. La concepción del poder del juez en Estados Unidos es muy diferente de la del *civil law*, no existe ningún concepto de Estado como institución independiente, éste es una combinación de la organización estatal, los ciudadanos y el derecho. A diferencia de ello, en el derecho continental los jueces se consideran esencialmente responsables de los fines del Estado: como centro de la administración de justicia, el juez es la voz de autoridad del Estado. De ahí que los poderes del juez se desprendan legítimamente de la función pública que en ellos ha delegado el Estado. Y el límite a estos poderes se encuentra en el adecuado equilibrio que se establece por las garantías constitucionales.

Según COMOGLIO²¹, el juez debe propender a la corrección y a la efectividad de los instrumentos procesales disponibles en el juicio, y además ha de buscar la efectividad y la adecuación de la sentencia que se obtiene como resultado del proceso. Por ello resulta oportuno reconocer que en el Estado social de derecho los poderes de dirección formal y material que se le otorgan al juez, por medio de las normas constitucionales y legales, no corresponden a un esquema autoritario: se constituyen en herramientas para el proceso dialógico.

Algunos de los más importantes poderes de dirección material son: el estudio sobre la relevancia de la prueba para determinar la utilidad, la pertinencia y la conducencia; y la ordenación de la prueba de oficio, para despejar dudas producto de la insuficiencia de la actividad probatoria de parte, siempre que sean dudas determinantes para la decisión y que no se haya alcanzado el estándar de prueba de ley. Ellos coadyuvan a obtener un máximo nivel de conocimiento sobre los hechos.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los poderes de oficio sobre la prueba han tenido un desarrollo importante, producto de la implementación de la Constitución de 1991, que adopta como fórmula política el Estado social de derecho.

El actual Código de Procedimiento Civil corresponde al Decreto 1400 de 1970 que fue reformado por el Decreto 2282 de 1989 y la Ley 794 de 2003. Las dos primeras normas fueron promulgadas varios años antes de los preceptos constitucionales, pero su reinterpretación no ha sido traumática, ya que la mayor parte de sus enunciados son normas de avanzada.

El libro primero, sobre los sujetos procesales, contiene un denso articulado sobre los poderes, los deberes y la responsabilidad del juez civil.

El artículo 37 del CPC²² demarca los deberes del juez, como máximo director del proceso;

²⁰ GEOFFREY y TARUFFO. *La justicia civil en Estados Unidos*, cit., pp. 85-86.

²¹ COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 88.

²² Código de Procedimiento Civil, art. 37: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 13. *Deberes del juez*. “Son deberes del juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. 3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal. 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias. 5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales. 6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas. 7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios. 8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquélla sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal. 9. Verificar verbalmente con el secretario las cuestiones relativas al proceso, y abstenerse solicitarle por auto informes sobre hechos que consten en el expediente. Parágrafo: La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario”.

contiene una mezcla entre poderes formales y materiales, entre los que se destacan: dirigir el proceso y velar por su rápida solución adoptando las medidas necesarias para la mayor economía procesal; hacer efectiva la igualdad de las partes y emplear todos los poderes que se le conceden en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias; y decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aunque aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal.

La desatención de los deberes-poderes relativos al proceso significa sanción disciplinaria para el juez. Esta es la consecuencia de un deber-poder que se desprende de la función pública jurisdiccional.

El artículo 38 del CPC^{en} contiene los siguientes poderes de ordenación: faculta al juez para resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, si las partes lo solicitan y son capaces, o si la ley lo autoriza; además, requiere del juez que rechace cualquier solicitud notoriamente improcedente y que signifique dilación.

Y el artículo 39 del CPC^{en} formula algunos poderes disciplinarios, para la buena marcha del proceso, entre ellos: sancionar con multa el incumplimiento de las órdenes que el juez imparta a sus empleados y demás particulares, en ejercicio de sus funciones; aplicar arresto a quienes cometan faltas al respeto; devolver los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros y expulsar de las audiencias a quienes perturben su curso.

Estos poderes generales se complementan e integran con el desarrollo normativo específico para el período probatorio dentro del proceso civil, pero su interpretación debe además corresponderse con los principios constitucionales.

A. Los poderes del juez con respecto al medio de prueba: declaración de parte

El juez puede tomar declaración a las partes, bien por solicitud ordinaria o porque de oficio considera pertinente interrogarlas o suscitar un careo entre ellas^{en}.

^{en} Ibíd., art. 38: *Poderes de ordenación e instrucción*. “El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza. 2. Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta. 3. Los demás que se consagran en este código”.

^{en} Ibíd., art. 39: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 14. *Poderes disciplinarios del juez*. “El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios: 1. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución. Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular. La resolución se notificará personalmente y contra ella sólo procede el recurso de reposición; ejecutoriada, si su valor no se consigna dentro de los diez días siguientes, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día, sin exceder de veinte días. Las multas se impondrán a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, salvo disposición en contrario; su cuantía y tasa de conversión en arresto, serán revisadas periódicamente por el gobierno. 2. Sancionar con pena de arresto inmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, prueba testimonial o con copia del escrito respectivo. El arresto se impondrá por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente y sólo será susceptible del recurso de reposición. Ejecutoriada la resolución, se remitirá copia al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente. 3. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros. 4. Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso. 5. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquier otra citación que el juez les haga”.

^{en} Ibíd., art. 202: *Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso*. “El juez o magistrado podrá citar a las partes, en las oportunidades que se indican en el artículo 180, para que concurran personalmente a absolver bajo juramento, el interrogatorio que estime procedente formular en relación con hechos que interesen al proceso. La citación se hará en la forma establecida en el

En cualquiera de los dos casos, este interrogatorio a la parte puede generar una confesión provocada. El interrogatorio puede ser realizado por las partes cuando éstas han solicitado la prueba, y están limitadas a realizar un máximo de 20 preguntas a la contraparte.

El juez tiene como parte de sus poderes el de agregar al interrogatorio de las partes las preguntas que estime convenientes para aclarar los hechos⁶⁸.

También puede el juez deducir en la sentencia, con suficientes argumentos y motivaciones racionales, confesión espontánea de parte, proveniente de los escritos de demanda, de contestación o de cualquier otro acto procesal⁶⁹.

Para el caso de la confesión por apoderado, el juez la podrá deducir por efectos de presunción legal permitida por el legislador, desde el escrito de demanda, o desde la contestación de esta; también puede surgir confesión por apoderado de los escritos de excepciones y de las actuaciones que se den en la audiencia de trámite del artículo 101⁷⁰.

En el interrogatorio que realice el juez puede, de oficio o a solicitud de parte, interrogar a las demás partes que se encuentren presentes. En desarrollo de sus poderes amonestará a la persona que se encuentre renuente a contestar, explicándole con suficiencia los efectos jurídicos que su renuencia o parquedad genera⁷¹. Los efectos jurídicos de esta renuencia, negativa a contestar, respuestas evasivas o la inasistencia a la audiencia pueden permitirle al juez derivar una confesión ficta o presunta. Cuando el juez decida configurar esta confesión ficta, dejará constancia en el escrito de la audiencia de interrogatorio, explicando los hechos que se consideraran confesados; con esto asegura la garantía de contradicción para las partes que resultan afectadas.

A diferencia de ello, cuando las preguntas formuladas a las partes no son asertivas o los hechos no admiten prueba de confesión, el juez deberá deducir un indicio en contra de la parte renuente o

artículo 205; la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicios en contra del renuente. Podrán también decretarse de oficio en las mismas oportunidades, careos de las partes entre sí". También art. 230: *Careos*. "El juez podrá ordenar, cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí y de éstos con las partes, en las oportunidades indicadas en el artículo 180".

⁶⁸ Ibíd., art. 207: Modificado L. 794/2003, art. 20. *Requisitos del interrogatorio de parte*. "El interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia; en caso contrario, el peticionario deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba o presentarlo antes de la fecha señalada para interrogatorio. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia [...] El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas; sin embargo, el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes para aclarar la exposición del interrogado o verificar otros hechos que interesen al proceso; así mismo, el juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior cuya copia obre en el expediente, las manifiestamente superfluas y las que no cumplan con los requisitos del artículo 195 de este código. Estas decisiones no tendrán recurso alguno. Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas. Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero (sic). Las preguntas podrán ser o no asertivas".

⁶⁹ Ibíd., art. 194: *Confesión judicial*. "Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio".

⁷⁰ Ibíd., art. 197: Modificado D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 94. *Confesión por apoderado judicial*. "La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101". Ver también art. 101. Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 51. *Procedencia, contenido y trámite*. "Cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario, luego de contestada la demanda principal y la de reconvenición si la hubiere, el juez citará a demandantes y demandados para que personalmente concurren, con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio. Es deber del juez examinar antes de la audiencia, la demanda, las excepciones previas, las contestaciones y las pruebas presentadas y solicitadas".

⁷¹ Ibíd., art. 208: Modificado. L. 794/2003, art. 21. *Práctica del interrogatorio*. "A la audiencia podrán concurrir los apoderados; en ella no se admitirán alegaciones ni debates. El juez, de oficio o a petición de una de las partes, podrá interrogar a las demás que se encuentren presentes, si lo considera conveniente [...] Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o inconducentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia".

ausente⁴³⁰. Los efectos jurídicos de la presunción y del indicio son diversos, pues en tanto la presunción exime de probar un hecho porque ya se considera probado, el indicio se constituye en un medio de prueba, abiertamente controvertible en el curso del proceso, que además hará parte de la valoración individual y conjunta en la decisión.

B. Los poderes del juez en las reglas del juramento

La ley admite la prueba del juramento estimatorio cuando el derecho discutido pueda cuantificarse en dinero, siempre que la parte no controvierta esa estimación en el término de oportunidad.

Uno de los poderes con que cuenta el juez en estos casos reside en que, haya o no haya contradicción de la parte, el juez puede, de oficio, ordenar la regulación de la cuantía cuando estime que es injusta o cuando detecte que puede haber fraude procesal o colusión⁴³¹.

El acto procesal que contiene la regulación será debidamente motivado y con la citación legítima de los terceros que el juzgador considere involucrados en el fraude o en la colusión, de tal manera que se garantice la plena contradicción y el derecho de defensa para todos los sujetos procesales interesados.

C. Los poderes del juez en la declaración de terceros

La declaración de terceros, o prueba de testimonio, es una de las formas más utilizadas en la práctica judicial para confirmar los hechos. Un testigo es una persona que ha tenido un cierto nivel de conocimiento sobre uno o más hechos, objeto de discusión en el proceso, mediante percepción directa por los sentidos.

Son inhábiles relativos para rendir testimonio por ley quienes sufran de alguna alteración mental o de perturbaciones y aquellos que se encuentren embriagados, bajo hipnosis o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o alucinógenas. También son inhábiles las personas que el juez considere inhábiles en un momento determinado de acuerdo con las reglas de la sana crítica⁴³². Este último poder implica unas apreciaciones inferenciales, o juicios de valor, por tanto éstos deben estar motivados en acto que permita la contradicción de las partes, ya que para alguno de los interesados el testigo inhabilitado puede ser considerado pieza fundamental de prueba.

Igualmente, el legislador le confiere al juez el poder para valorar al testigo sospechoso por parentesco o dependencia⁴³³. Corresponde aclarar que esta valoración del juez de testigo sospechoso

⁴³⁰ Ibíd., art. 210: Modificado. L. 794/2003, art. 22. *Confesión ficta o presunta*. “La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca. En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos. Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada”.

⁴³¹ Ibíd., art. 211: *Juramento estimatorio*. “El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión”.

⁴³² Ibíd., art. 216: *Inhabilidades relativas para testimoniar*. “Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado: 1. Los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas. 2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

⁴³³ Ibíd., art. 217: *Testigos sospechosos*. “Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en

debe hacerse en el juicio de relevancia de prueba, es decir en el momento de admitir la prueba, de ahí la importancia de que el juez exija mediante los poderes de instrucción que las partes entreguen suficiente información sobre la calidad de los testigos.

La práctica judicial más común es que la valoración del testigo sospechoso se hace por el juez al momento de decidir, lo cual no permite una adecuada contradicción probatoria en la instancia procesal, de las partes que confían con plenitud en la claridad y coherencia de sus testigos.

También en lo tocante a la prueba testimonial, el juez está facultado para limitar la recepción de las declaraciones de testigos cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos sobre los cuales ya han depuesto testigos. Este poder está directamente vinculado con la regla de inmediación, que permite al juez adquirir y adecuar el conocimiento de los hechos. Si la constante en el proceso escrito es que no es el juez quien recepciona y controla directamente la prueba testimonial, no puede tener elementos de juicio para suspender las declaraciones de terceros programadas.

Este acto no tiene recurso alguno, pero las partes pueden ejercer el derecho de contradicción en la segunda instancia, porque en ésta el juez podrá escuchar los testimonios limitados⁴³⁴ o negados por aquel de primera.

El juez no tiene poder de limitar o reducir los testigos cuando elabora el juicio de relevancia sobre la prueba; es ésta una facultad que puede utilizar en las audiencias de recepción de los testigos por considerar, motivadamente, que ha recibido suficiente información sobre uno o varios hechos.

En la prueba testimonial, el juez, por vía de los poderes materiales de dirección, controla la pertinencia de las preguntas y su legalidad. Desestima preguntas confusas, difusas, complejas e ininteligibles. Puede reformular la pregunta mal formulada o rechazar directamente la pregunta para que sea reformulada por el interesado. Sus decisiones de control sobre el interrogatorio no tienen recurso alguno⁴³⁵.

También en ejercicio de este poder material, el juez puede rechazar las preguntas impertinentes y superfluas, y las repetidas, a menos que sean útiles en razón de la ciencia del testigo o porque confirmen hechos indirectos que posteriormente servirán a la certeza del hecho representativo.

Igualmente, el juez puede rechazar las preguntas que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, cuando él se oponga a contestarlas, las que tiendan a provocar conceptos no necesarios y las preguntas técnicas a menos que el testigo tenga especiales conocimientos científicos o técnicos. Estas decisiones tampoco tienen recurso alguno⁴³⁶.

Sobre la potestad confirmatoria que tiene la prueba testimonial, es clara la ley en establecer que

circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

⁴³⁴ Ibíd., art. 219: *Petición de la prueba y limitación de testimonios*. “Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba. El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba. El auto del juez no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361”.

⁴³⁵ Ibíd., art. 226: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 104. *Requisitos del interrogatorio*. “Las preguntas se formularán oralmente en la audiencia, a menos que prefieran las partes entregar al secretario, antes de la fecha señalada, un pliego que contenga las respectivas preguntas; éstas y el pliego podrán sustituirse como lo autoriza el artículo 207. Dicho pliego podrá entregarse al secretario del comitente para que lo remita con el despacho comisorio, o al del comisionado. Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa; si no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará de la manera indicada. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria. Tales decisiones no tendrán recurso alguno”.

⁴³⁶ Ibíd., art. 227: “El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes, y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hecho, y las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, caso de que éste se oponga a contestarlas. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. Estas decisiones no tendrán recurso alguno”.

este medio de prueba no puede suplir el escrito que se exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Pero es importante tener en cuenta que el mismo legislador le otorga un poder especial al juez para que derive indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, cuando mediante testigos se prueben obligaciones originadas en contrato o convención, o se declare sobre el correspondiente pago y la parte responsable de la custodia del documento no lo tenga.

Esta circunstancia también puede utilizarse como un principio de prueba o prueba imperfecta, derivada del principio de libertad de prueba. El juez valorará si por las circunstancias en que tuvo lugar el contrato es imposible obtener el documento, o si por su valor precario o por la calidad de las partes se puede justificar tal omisión⁴³⁷.

D. Los poderes del juez en la prueba pericial

La prueba pericial es un medio procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. La labor pericial se valora medio de prueba, porque los peritos no son auxiliares del juez para tomar la decisión; tal como lo hace un testigo, aportan un cierto nivel de conocimiento, si se quiere cualificado.

Cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión⁴³⁸.

Cuando los bienes muebles se encuentren cotizados en bolsa, su valor se determinará por la cotización debidamente certificada que hayan tenido en la oportunidad correspondiente. No obstante, el juez tiene el poder de ordenar que se presente nuevo certificado de la cotización cuando lo estime conveniente⁴³⁹.

Las partes solicitarán al juez la prueba de peritos cuando la consideren necesaria, pero de la misma forma que con los otros medios de prueba, el juez resolverá sobre su procedencia mediante un juicio de relevancia. Si la considera pertinente, el juez determinará los puntos que serán objeto de peritaje conforme al cuestionario que hayan presentado las partes, pero también podrá formular de oficio el interrogatorio que estime conveniente⁴⁴⁰. De igual manera, el juez dispondrá todo lo que

⁴³⁷ Ibíd., art. 232: *Limitación de la eficacia del testimonio*. “La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

⁴³⁸ Ibíd., art. 233: *Procedencia de la peritación*. “La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión”.

⁴³⁹ Ibíd., art. 233: “No será menester la intervención de peritos para avaluar bienes muebles cotizados en bolsa; su valor se determinará por la cotización debidamente certificada que hayan tenido en la oportunidad correspondiente. El juez podrá ordenar que se presente nuevo certificado de la cotización cuando lo estime conveniente”.

⁴⁴⁰ Ibíd., art. 236: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 109. *Petición, decreto de la prueba y posesión de los peritos*. “Para la petición, el decreto de la prueba y la posesión de los peritos, se observarán las siguientes reglas: 1. La parte que solicite un dictamen pericial determinará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar, sin que sean admisibles puntos de derecho. 2. El juez resolverá sobre la procedencia del dictamen, y si lo decreta, determinará los puntos que han de ser objeto del mismo, de acuerdo con el cuestionario de las partes y el que de oficio considere conveniente formular. En el mismo auto hará la designación de los peritos, y fijará día y hora, que no podrá ser antes de la ejecutoria de aquél, para que tomen posesión. Si el dictamen no fuere concurrente con una inspección judicial, en el acto de su posesión los peritos convendrán fecha y hora para iniciar el examen de las personas o cosas objeto de la prueba, y el juez les señalará término para rendir el dictamen”.

considere necesario para facilitar a los peritos el cumplimiento del experticio⁴⁴¹.

En la práctica de la prueba pericial, puede ocurrir que los peritos reciban información de terceros que consideren útil para el dictamen, por lo que será una información útil para la comprobación de algunos hechos en el proceso. Si los peritos consignan esta información de terceros en el dictamen, el juez podrá hacer uso de sus poderes oficiosos y decretar testimonio para estas personas⁴⁴².

El legislador reconoce tanto al juez como a las partes la potestad para presenciar las pruebas o experimentos o comprobaciones que hagan los peritos. Estar presentes en la realización de las experticias les permite hacer observaciones o preguntar para aclarar sus ideas. Lo que está vedado es intervenir en el dictamen de los peritos, esto es, en los aspectos conclusivos técnicos; tampoco es posible intervenir en las deliberaciones que los peritos realicen antes de la elaboración del dictamen.

La contradicción de la prueba pericial tiene las siguientes particularidades: las partes tienen la posibilidad de objetar el dictamen por error grave o pedir que se complemente o que se aclare. El error grave debe estar fundamentado y por supuesto explicado por otros argumentos técnicos, ya que el conocimiento común no es suficiente.

De la petición resolverá el juez por acto debidamente motivado. Las partes, con la única finalidad de demostrar el error, podrán solicitar nuevas pruebas, las cuales no se pueden extender a demostraciones sobre hechos de la pretensión, porque lo que se está discutiendo en ese momento es el error grave del dictamen. El juez debe igualmente, sobre el error del dictamen, hacer un juicio de relevancia para determinar su pertinencia, conducencia y utilidad⁴⁴³.

El peritaje realizado sobre la objeción a un dictamen pericial y la objeción del dictamen se resuelven en la sentencia. Si el dictamen se practicó dentro de un incidente, su objeción se resuelve en el auto motivado que resuelva el incidente.

Cuando el juez haga la valoración, tiene la facultad de acoger como definitivo el dictamen practicado para probar la objeción, pero también puede ordenar de oficio un nuevo dictamen con peritos diferentes de los iniciales, que será inobjetable, pero sobre el cual debe permitir sin limitaciones la contradicción, mediante aclaración o complementación⁴⁴⁴.

El juez debe estar atento a las precisiones del dictamen, porque ha de tener en cuenta que el conocimiento que aporta este medio de prueba es un conocimiento técnico o científico que él no tiene ordinariamente. Para tal efecto, una vez ingrese el experticio al despacho y antes de dar

⁴⁴¹ Ibíd., art. 236: “[...] 7. El juez del conocimiento o el comisionado dispondrá lo que considere conducente para facilitar a los peritos el cumplimiento de su cometido”.

⁴⁴² Ibíd., art. 237: *Práctica de la prueba*. “En la práctica de la peritación se procederá así: 3. Cuando en el curso de su investigación los peritos reciban información de terceros que consideren útiles para el dictamen, lo harán constar en éste, y si el juez estima necesario recibir los testimonios de aquéllos, lo dispondrá así en las oportunidades señaladas en el artículo 180. 4. El juez, las partes y los apoderados podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes y presenciar los exámenes y experimentos, pero no intervenir en ellos ni en las deliberaciones.”

⁴⁴³ Ibíd., art. 238: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 110. *Contradicción del dictamen*. “Para la contradicción de la pericia se procederá así: 1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave. 2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días. [...] 5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare”.

⁴⁴⁴ Ibíd., art. 238: “La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. 7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas”.

traslado a las partes, el juez puede de oficio solicitar ampliaciones, complementaciones o adiciones⁴⁴⁵.

Igualmente, en caso de considerarlo necesario, el juez puede solicitar de oficio o a petición de parte informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos que interesen al proceso, a las instituciones del Estado que tengan este tipo de personal especializado: Medicina Legal, policía judicial e Instituto Agustín Codazzi, entre otras⁴⁴⁶.

Por último, un deber-poder que reviste especial importancia en la prueba pericial es la apreciación de la conducta oclusiva o impeditiva, para el desarrollo del dictamen, como indicio en contra de la parte, siempre que aquella se haga constar en el dictamen por parte de los peritos⁴⁴⁷.

Para la debida contradicción de todas estas pruebas por dictamen pericial, las partes pueden asesorarse en forma permanente y directa de un técnico con conocimientos especializados en el tema. Este actúa como mediador entre la parte y el conocimiento especializado de los peritos⁴⁴⁸. Esta oportunidad permite establecer un equilibrio adecuado para la legítima defensa y contradicción de las partes.

Además, las partes también pueden utilizar, por decisión unilateral, las instituciones del Estado que tengan personal técnico o especializado para la realización de informes técnicos; este es un mecanismo de apoyo en caso de que no tengan suficientes recursos para pagar un asesor técnico privado.

E. Los poderes del juez en la prueba de inspección judicial

La inspección judicial en el derecho colombiano es un medio de prueba que consiste en el examen judicial de personas, cosas o documentos. Esta prueba puede ir acompañada o no de peritos. Por la estructura misma del medio de prueba, el juez tiene un elevado grado de injerencia en su formulación y desarrollo.

Es así como, de oficio, en caso de que lo estime necesario, el juez podrá ordenar la inspección judicial⁴⁴⁹, y la pedida por las partes podrá él mismo negarse a decretarla si considera que es suficiente con el dictamen de peritos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Ibíd., art. 240: *Aclaración, adición y ampliación del dictamen por iniciativa del juez*. “El juez podrá ordenar a los peritos que aclaren, completen o amplíen el dictamen, en las oportunidades señaladas en el artículo 180 para lo cual les fijará término no mayor de diez días”.

⁴⁴⁶ Ibíd., art. 243: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 113. *Informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales*. “Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la Policía Judicial, al Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno. [...] También podrá el juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales, para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquéllas, con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen, de lo cual se dejará constancia escrita”.

⁴⁴⁷ Ibíd., art. 242: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 112. *Deber de colaboración de las partes*. “Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 39. Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juez, quien le ordenará facilitar la peritación; si no lo hiciere, la condenará a pagar honorarios a los peritos y multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra”. Puede consultarse al efecto LONDOÑO, RAMÍREZ y MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, cit., pp. 165-174.

⁴⁴⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 238 num. 7.

⁴⁴⁹ Ibíd., art. 244: *Procedencia de la inspección*. “Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos”.

⁴⁵⁰ Ídem: “El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso”.

Si obra en el proceso una inspección judicial trasladada o realizada, no se admitirá la petición de una nueva; pero el juez sí podrá ordenarla de oficio cuando considere necesario hacer aclaraciones sobre los elementos inspeccionados⁴⁵¹. Igualmente, podrá aplazar la decisión sobre esta prueba hasta tanto haya realizado todas las otras pruebas, y si considera que la necesita para claridad de sus ideas, la ordena en término adicional⁴⁵².

En la práctica de la diligencia de inspección, el juez procederá al reconocimiento y, si fuera del caso, oír a los peritos, pudiendo ampliar las cuestiones materia de examen⁴⁵³, bien porque lo soliciten las partes, siempre que lo encuentre útil, pertinente y conducente para el caso, o en razón de aquello que de oficio considere importante.

Si los peritos que lo acompañan no fueren expertos en la respectiva materia, o si la inspección se practica sin peritos y considera indispensable un dictamen sobre hechos científicos, técnicos o artísticos que durante ella hayan sido examinados, el juez podrá nombrar otros expertos en la materia que requiere⁴⁵⁴.

Durante la inspección podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos y declaraciones de testigos⁴⁵⁵, siempre que unos y otros se refieran a los hechos objeto de tal inspección, o decretar de oficio el interrogatorio de las partes⁴⁵⁶ que se encuentren presentes en la diligencia, si lo considera útil para los fines de esta.

Así mismo, el juez puede considerar importante que se hagan planos, reproducciones, experimentos, grabaciones, fotos, películas o similares, y así lo ordenará⁴⁵⁷. También podrá considerar que se realice la reconstrucción de la forma como ocurrieron los hechos, para formarse un mejor conocimiento de ellos.

Si la inspección comprende a personas, el juez puede igualmente ordenar de oficio, haciendo previamente un juicio de relevancia sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de ello, que las personas se hagan exámenes clínicos o similares, siempre que con ellos no se afecte su dignidad⁴⁵⁸ o

⁴⁵¹ Ídem: “Cuando exista en el proceso una inspección judicial practicada dentro de él o como medida anticipada con audiencia de todas las partes, no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez la considere conveniente para aclararlos”.

⁴⁵² Ídem: “Así mismo podrá aplazar la decisión sobre tal prueba hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180. Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno”.

⁴⁵³ *Ibíd.*, art. 246 num. 2: “En la diligencia el juez procederá al examen y reconocimiento de que se trate, y si fuere el caso oír a los peritos sobre las cuestiones materia del dictamen, las que podrá ampliar de oficio o a petición de parte”.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, art. 246 num. 6: “Podrá igualmente el juez decretar el dictamen pericial de uno o dos especialistas, si los peritos que lo acompañan no fueren expertos en la respectiva materia, o si la inspección se practica sin peritos y considera indispensable su dictamen sobre hechos científicos, técnicos o artísticos que durante ella hayan sido examinados”.

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, art. 246 num. 3: “Durante la inspección podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos [...]. El juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de otra índole, si dispone de medios para ello, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron, y tomar cualquiera otra medida que considere útil para el esclarecimiento de los hechos narraciones de testigos, siempre que unos y otros se refieran a los hechos objeto de la misma”.

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, art. 246 num. 8: “Igualmente el juez, de oficio o a solicitud del interesado, podrá interrogar a las partes presentes en la diligencia, sobre hechos relacionados con ésta”.

⁴⁵⁷ *Ibíd.*, art. 246 num. 4: “El juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de otra índole, si dispone de medios para ello, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron, y tomar cualquiera otra medida que considere útil para el esclarecimiento de los hechos”.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, art. 246 num. 5: “Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra”.

su integridad; en caso contrario, mediante juicio de ponderación deberá evitar su práctica.

Si el juez encuentra conductas oclusivas que obstaculicen el buen desarrollo de la prueba de inspección, deja constancia de ello y, además de la sanción pecuniaria correspondiente, tiene el poder-deber de apreciar esta conducta como un indicio en contra de la parte⁴⁵⁹.

De igual forma, cuando el juez considera importante que las personas que son objeto de inspección se realicen exámenes clínicos o similares, la renuencia injustificada a esta orden debe ser apreciada por el juez como indicio en contra⁴⁶⁰.

Concluida o suspendida la inspección, se redactará y firmará el acta dejando las constancias que las partes requieran o que el juez estime pertinentes⁴⁶¹.

F. Los poderes del juez en la prueba de indicios

Los indicios son un medio de prueba, tan válido para el proceso civil como cualquiera otro. Su configuración es compleja, racional e inferencial, y por ello requiere de una estructura densa con suficiente motivación y razonamiento⁴⁶².

El juez tiene con respecto a la prueba de indicios un poder muy importante, el cual consiste en la formulación de indicios de conducta⁴⁶³ en contra de las partes. Este es un poder que puede ser bastante importante para producir una adecuada decisión y en especial para fundamentar el alcance de un estándar de conocimiento prevaleciente⁴⁶⁴.

La apreciación de la prueba de indicios⁴⁶⁵ exige una estructura más compleja que aquella que el juez comúnmente aplica en las pruebas que mal se denominan directas⁴⁶⁶. Su estructura especial requiere una doble conjugación racional: la primera, que dé cuenta de la concordancia, esto es, de la circunstanciación; la segunda, que dé cuenta de la convergencia, esto es, de la misma finalidad para lograr un resultado plausible o defendible.

G. Los poderes del juez en la prueba de documentos

Los documentos son una prueba preconstituida, contienen actos o hechos que voluntariamente fueron decantados por las partes para que fueran verificables en el futuro.

⁴⁵⁹ Puede consultarse, al efecto, LONDOÑO, RAMÍREZ y MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, cit., pp. 195-221. CPC, art. 246 num. 2: "Si alguna de las partes impide u obstaculiza la práctica de la inspección, el juez dejará testimonio de ello en el acta y le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, y apreciará tal conducta como indicio en contra de aquélla".

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, art. 246 num. 5: "Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra".

⁴⁶¹ *Ibíd.*, art. 246 num. 7: "Concluida o suspendida la inspección, se redactará y firmará el acta como lo dispone el artículo 109, en la cual se especificarán las personas, cosas o hechos examinados, los resultados de lo percibido por el juez, las constancias que las partes quieran dejar y que el juez estime pertinentes, el dictamen de los peritos, si fuere el caso, y los demás pormenores de su realización. El acta será firmada por quienes hayan intervenido en la diligencia. Las declaraciones de testigos se suscribirán a medida que se reciban, si es posible".

⁴⁶² RAMÍREZ. "Tras la ruta del indicio", en *Investigación procesal*, Medellín, Señal Editora, 2005. También se puede consultar LONDOÑO, RAMÍREZ y MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, cit., pp. 195-221.

⁴⁶³ Art. 249 CPC: *La conducta de las partes como indicio*. "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes".

⁴⁶⁴ Para mayor profundización, ver LONDOÑO, RAMÍREZ y MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, cit.

⁴⁶⁵ Art. 250 CPC: *Apreciación de los indicios*. "El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que se obren en el proceso".

⁴⁶⁶ Al respecto es interesante el trabajo de ANTONIO DELLEPIANE. *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 2000.

Esta es la razón para que en los procesos “los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación”⁴⁶⁷. Y también es este el motivo para que los documentos que se presenten sin firma se llamen instrumentos y “sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente”⁴⁶⁸ por la parte a la que se le oponen o por sus causahabientes.

Estas características implican que el juez tenga sobre esta prueba unas facultades más restringidas que sobre aquellas pruebas de amplio margen de configuración o apreciación, como serían: los indicios, la valoración de testimonios, la declaración de testigos y, por supuesto, la inspección judicial.

Estas pruebas preconstituidas requieren ser sometidas a una primera valoración en aspectos formales para determinar la validez y la completitud de los elementos estructurales del acto jurídico.

El juez tiene una labor importante en relación con los documentos que se encuentran en los libros de comercio, que se consideran libros con indicaciones probatorias de ley y registros de control, los cuales dan fe de las actividades de sus tenedores.

De tal forma que si estos libros no son llevados en debida forma o se encuentra desacuerdo entre ellos y los documentos que las partes aportan al proceso como prueba, el juez podrá decidir el valor probatorio que les otorgará. Tal valor dependerá del grado de conocimiento que le aporten y “según el mérito que suministren las otras pruebas”⁴⁶⁹.

Cuando en el proceso se ha citado alguna persona a reconocimiento de documento, y esta se muestra renuente a comparecer, a prestar juramento o a declarar, el juez, en ejercicio de sus poderes materiales, da por reconocido el documento⁴⁷⁰. Esta es una sanción que valida el hecho discutido, por tanto es más fuerte que la construcción de un indicio de conducta en contra de la parte, tal como se deriva de la simple declaración.

También establece el legislador la posibilidad de reconocimiento implícito⁴⁷¹, mediante la aportación al proceso de un documento privado, en original o en copia. Se cumple el principio de comunidad y de coherencia en la actuación procesal de las partes, con lo que el legislador les antepone a éstas el deber de actuar con veracidad y corrección en sus actuaciones.

Las partes no podrán impugnar en ningún caso este documento, a no ser que ese haya sido el sentido de aducirlo en el proceso.

Por último, el juez puede realizar razonamientos sobre la certeza de la existencia de un documento privado⁴⁷² que no cuenta con la autenticación ni con el fallecimiento de alguno de

⁴⁶⁷ Código de Procedimiento Civil, artículo 252.

⁴⁶⁸ *Ibíd.*, artículo 269.

⁴⁶⁹ *Ibíd.*, art. 271: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 121. *Libros de comercio*. “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Comercio, los libros de comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma. En los demás casos, solamente harán fe contra el comerciante que los lleva. Si en los procesos entre comerciantes los libros de una de las partes no están llevados en legal forma, se estará a los de la contraparte, siempre que cumplan los requisitos legales, salvo prueba en contrario. En los demás casos, si los libros de ambas partes estuvieren en desacuerdo, el juez decidirá según el mérito que suministren las otras pruebas”.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*, art. 274: *Renuncia del citado*. “Si el citado no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento”.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, art. 276: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 123. *Reconocimiento implícito*. “La parte que aporte al proceso un documento privado, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad”.

⁴⁷² *Ibíd.*, art. 280: *Fecha cierta*. “La fecha del documento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado en un proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia”.

quienes lo hayan firmado, para establecer la fecha probable de creación. Este es un deber-poder muy importante por cuanto otorga una fecha probable de vida al documento para sustentar la eficacia del acto jurídico que contiene.

H. Las responsabilidades del juez en relación con los poderes de instrucción

En el período probatorio, el juez debe cumplir con los principios que hacen parte del debido proceso probatorio, sobre los cuales se hace un detallado análisis en el capítulo segundo de esta obra⁴⁷³.

Otro elemento importante que determina las responsabilidades del juez en el uso de los poderes de instrucción es el cumplimiento de los principios que informan de manera general las reglas probatorias para la decisión. Estos principios son, entre otros: necesidad, comunidad, libertad de prueba, intermediación, relevancia, facultades oficiosas, legalidad de las formas y valoración.

El principio de necesidad⁴⁷⁴ exige al juez que para fundamentar toda decisión se base en la prueba regular y legalmente allegada al proceso. Con este principio se fortalece el principio de legalidad y se establecen algunos de los parámetros que conllevan la argumentación y la motivación de la decisión jurisdiccional.

El principio de necesidad impone, además, que la prueba que utiliza el juez en la fundamentación de la sentencia no haya vulnerado ningún derecho fundamental, esto es que su aportación no se realice con violación del debido proceso –por cuanto en tal caso será nula por nulidad constitucional– y que no se haya aducido violando las reglas del legislador. Todo ello fortalece los derechos de defensa y contradicción.

El principio de comunidad⁴⁷⁵ se desprende de dos preceptos legales: el primero es el de la necesidad de la prueba, según el cual al juez se le exige que fundamente la decisión en “las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”⁴⁷⁶, de tal forma que el legislador no distingue si las pruebas fueron aducidas por el pretensor, por el resistente o fueron recogidas de oficio.

El segundo mandato que integra el principio de comunidad es la valoración en conjunto, según el cual las pruebas “deben ser apreciadas en conjunto”⁴⁷⁷. Las pruebas se valoran en conjunto para que el juez alcance en primera instancia la finalidad del proceso y para que en segunda instancia realice plenamente la función jurisdiccional.

El principio probatorio de libertad de prueba permite a los sujetos procesales superar los medios probatorios que por tradición han sido formulados en el proceso civil. La ley acepta que “*otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*” pueden ser utilizados siempre que se respete la totalidad de los principios que constituyen el debido proceso probatorio.

Por este principio, si se presentan pruebas parciales o novedosas, o experimentales, pueden ser admitidas y valoradas por el juez, siempre que se realice la contradicción respectiva y que tales pruebas sirvan para formar el conocimiento sobre los hechos.

⁴⁷³ Para la lectura de los principios que constituyen la estructura del debido proceso probatorio, revisar los numerales 1, 1.1., 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5 del capítulo segundo.

⁴⁷⁴ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 174: *Necesidad de la prueba*. “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

⁴⁷⁵ Cfr. CPC, artículos 174 y 187.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, artículo 174.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, artículo 187.

También dispone la norma que “el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”⁴⁷⁸. Es una oportunidad de integración normativa nacional y supranacional, que le permite al juez obtener un conocimiento razonable sobre los hechos.

Una regla probatoria de gran importancia en relación con las responsabilidades del juez es la inmediación⁴⁷⁹: en virtud de ella el juez está obligado a adquirir el máximo nivel de conocimiento, idealmente con su presencia y control directo en el momento de la contradicción.

En los procesos con mayor énfasis en la escritura, como el proceso civil colombiano actual⁴⁸⁰, se admite que el juez adquiera su conocimiento por medio de terceros, por instrumentos mediados. El juez no toma personalmente el testimonio ni controla el peritaje, sino que lo hace por intermedio de sus funcionarios; no obstante, debe tomar todas las medidas necesarias para entender cada medio de prueba en detalle.

Una de las ventajas que puede presentar un proceso con prevalencia de la oralidad es que se fortalece la regla de inmediación: debe entonces el juez recibir la prueba personalmente y con la intervención de los otros sujetos procesales. Esta inmediación fortalece los criterios de discusión sobre la prueba y permite con mayor probabilidad proyectar un proceso judicial civil que se acerque a una valoración consensuada de la prueba.

El juez tiene que controlar la aptitud de los medios de prueba ofrecidos y solicitados por las partes. Esta actividad se traduce en juicios sobre la relevancia de la prueba⁴⁸¹ y puede considerarse una de las mayores responsabilidades del juez, porque le permite establecer con suficientes argumentos la utilidad de la prueba (que sirva a los fines perseguidos en la actividad procesal, lo cual se identifica cualitativamente por la capacidad de alcanzar el fin y cuantitativamente por su reiteración en ello), la conducencia y la pertinencia (esto es, que la prueba tenga relación con el objeto del proceso).

Los juicios de relevancia que realiza el juez son elaboraciones inferenciales complejas que elabora al momento de admitir la prueba y ordenar su recepción. Las decisiones que el juez tome en relación con la aptitud de la prueba deben expresarse razonadamente a las partes mediante un acto procesal apelable, de tal forma que puedan controvertir las apreciaciones que él, como director del proceso y de la prueba, realice.

Hacen parte de los argumentos sobre la aptitud y la relevancia de la prueba: la

⁴⁷⁸ Ibid., art. 175: *Medios de prueba*. “Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”.

⁴⁷⁹ Ibid., art. 181: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 89. *Juez que debe practicar las pruebas*. “El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique. Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial. No obstante, cuando se trate de inspección judicial que deba practicar la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, podrá ésta comisionar cuando lo estime conveniente”.

⁴⁸⁰ Se está discutiendo en Colombia el “Proyecto de Ley para el impulso y efectividad de la oralidad en materia civil y de familia”. Con este se pretende establecer un sistema procesal prevalentemente oral en el proceso civil. Se espera que esté aprobada en el año 2009.

⁴⁸¹ CPC, art. 178: *Rechazo in limine*. “Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas”. Ver al respecto CARNELUTTI. *Trattato del proceso civile*, cit., p. 198, donde refiere que la admisión de la prueba se resuelve al proceder a su inspección e implica un juicio en torno a su eficacia. La ley habla de admisibilidad y de relevancia de los medios de prueba. La admisibilidad se refiere verdaderamente al medio de prueba en orden a las reglas negativas, esto es a aquellas que niegan la eficacia de un medio de prueba; en cuanto a ciertos medios, si está negada la eficacia es obvio que el juez no la debe admitir. La relevancia, en cambio, concierne no tanto a la prueba sino al hecho para probar o negar el juicio que por medio del experimento del medio debe ser probado; el hecho o, mejor, el juicio del hecho es relevante cuando se refiere directa o indirectamente a la *fattispecie* (supuesto de hecho) de la norma que el juez debe aplicar; la alusión a la proporción indirecta está hecha para no descuidar la hipótesis de la prueba indirecta (prueba de la prueba).

constitucionalidad y la legalidad que se deriva de la aplicación de los principios constitucionales y de los términos y oportunidades probatorias; la utilidad, la conducencia, la pertinencia y la coherencia que guardan las pruebas con los hechos; también las inferencias de mayor peso que se elaboran mediante la contradicción de la prueba y su valoración.

Para que el juez pueda aplicar de una forma razonada los principios en relación con la prueba, debe hacer uso de sus poderes y exigir a las partes la mayor información posible en la petición de la prueba: una pulcra y ordenada relación de los medios de prueba solicitados, la definición de los hechos que se pretende confirmar, precisión sobre los testigos y su relación con las partes, y la completitud de los datos requeridos para la recolección y contradicción efectiva.

Esta presentación ordenada y cualificada de los medios de prueba aporta dos beneficios importantes al proceso. Por una parte, le permite al juez determinar la relación directa con los hechos relevantes o indirectos, lo que facilita el juicio de relevancia y disminuye el riesgo de error en la inferencia probatoria para la sentencia. El otro beneficio es que dentro de los términos de ley el juez puede identificar dónde hay falencias probatorias, dónde surgen dudas, y podrá elegir con mayor acierto pruebas de oficio.

Una responsabilidad importante frente a los poderes de instrucción se deduce de la buena utilización que el juez da a los poderes de oficio⁴⁸² que la ley procesal civil le permite.

Los poderes de oficio en relación con la prueba buscan la materialización en el proceso de principios como los de la igualdad de las partes y la legítima defensa. Además, buscan fortalecer el debido proceso, la certeza de los hechos y la economía procesal.

Algún sector de la doctrina identifica tradicionalmente estos poderes de instrucción con la naturaleza jurídica del “sistema inquisitivo en materia de pruebas”⁴⁸³. Pero esta posición no es compatible con la función garantista que esta potestad oficiosa cumple en el Estado social de derecho. Los poderes de dirección y de instrucción se corresponden con los fines contemporáneos del proceso y de la función jurisdiccional pública.

Indica el legislador, también, que la providencia que ordena prueba de oficio no admite recurso alguno: esta regla evita trastornos dilatorios en el proceso pues resulta entendible que las partes quieran sustentar los hechos únicamente con la prueba aducida por ellas. Pero debe tenerse en cuenta que la prueba que se ordena de oficio debe pasar también el juicio de relevancia, de aptitud: ser pertinente, conducente y útil. Por eso su ordenación será debidamente argumentada y motivada, con lo que se propician plenas garantías a las partes.

De ninguna manera la prueba de oficio queda sustraída del conocimiento y la contradicción de las partes. Esta es una garantía constitucional que no permite excepción alguna. Las garantías constitucionales de la defensa y la contradicción no se pueden vulnerar so pretexto de que la prueba de oficio misma no hace parte del *petitum* de las partes.

Además, la prueba de oficio también tiene unos términos pertinentes propuestos por el legislador: se decretará en la instancia pertinente o posteriormente, antes de fallar. Si las partes entregan suficiente información y claridad sobre la prueba y la relación de los hechos que se validarán con ella, el juez, seguramente mediante el juicio de relevancia, podrá establecer

⁴⁸² CPC, art. 179: *Prueba de oficio y a petición de parte*. “Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas”. Art. 180: *Decreto y práctica de prueba de oficio*. “Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso”. Art. 182: *Pruebas en días y horas inhábiles*. “El juez o el comisionado, si lo cree conveniente y con conocimiento de las partes, podrá practicar pruebas en días y horas inhábiles, y deberá hacerlo así en casos urgentes o cuando aquellas lo soliciten de común acuerdo”.

⁴⁸³ PARRA. *Racionalidad e ideología*, cit., p. 94.

tempranamente la necesidad o no de decretar prueba de oficio. En caso de que no pueda hacerlo, dice el legislador que en el proceso civil, cuando el proceso entre a despacho para sentencia, el juez puede “por una vez” sacarlo del despacho para ordenar prueba de oficio. Esta regla vincula la responsabilidad del juez para elaborar juicios y ponderaciones de relevancia, serios. El juez debe utilizar sus poderes oficiosos para entablar tempranamente una relación probatoria con los casos que está conociendo, y no permanecer expectante e inactivo durante las etapas del proceso y solamente al final, cuando estudia la posible decisión, determinar los vacíos probatorios de que este adolece.

Si no es posible practicar las pruebas en los términos otorgados a las partes, el juez puede abrir un término posterior que no excederá el que se permita por adición en el proceso. Esto también garantiza que los términos puedan ser correctamente utilizados por las partes y que si se llegaren a exceder las audiencias, pueda el juez ordenar la prueba.

Aun las pruebas de oficio pueden practicarse en días y horas no hábiles, cuando el juez lo considere conveniente, pero de manera previa el juez debe poner en conocimiento a las partes para que puedan ejercer su pleno derecho de contradicción. También lo hará así en casos urgentes y por solicitud de las partes de común acuerdo. Todo, cuidando el equilibrio y la igualdad de las partes.

Dando curso al principio de la legalidad de la forma⁴⁴, el juez puede aceptar, en providencia motivada, la inclusión de experticios entregados por las partes, realizados por instituciones o profesionales especializados, de los cuales se pretenda derivar prueba. Si estos experticios se contradicen entre ellos o con otros aportados al proceso por otros medios, el juez ordenará un nuevo experticio que dirima el conflicto.

Si el proceso se está tramitando en primera instancia, el juez puede formular la sentencia de fondo, aunque falten pruebas; siempre que éstas se estén realizando por comisionado y el juez determine que no se han practicado en forma legal o no han sido contradichas correctamente por las partes, el juez no las tendrá en cuenta para la fundamentación de su sentencia.

Si el caso llega al juez de segunda instancia, de oficio el juez tendrá en cuenta las pruebas que ha dejado de valorar “con suficiente motivación” el juez de primera instancia, siempre que se hayan arremado al expediente.

Esta regla, que permite al juez de primera instancia fallar aunque falten pruebas por aportar, puede generar graves contradicciones con el principio de necesidad de la prueba y de legítima defensa. Además, le resta credibilidad a la sentencia y aumenta las probabilidades de error en el fallo. Por ello esta norma se hace acreedora a la excepción de inconstitucionalidad, porque la función jurisdiccional es pública y se ejerce mediante la delegación del Estado, asumiendo responsabilidades serias.

También establece la legislación colombiana el respeto al principio de la carga de la prueba o principio de autorresponsabilidad⁴⁵. El juez debe acoger toda la prueba que soliciten las partes para la confirmación de los hechos, mediante un auto que dé cuenta de su utilidad, pertinencia, conducencia y legalidad en sentido amplio. Si una prueba –o varias– no se acepta o se restringe por el despacho, se debe dejar claramente establecido que no cumple con uno de tales requisitos para su procesabilidad. Ello en respeto del derecho de defensa y contradicción.

Otra vertiente importante de este principio se presenta con la suficiencia del estándar. En el proceso civil se le exige al juez fundamentar la decisión en prueba, en donde los medios probatorios deben aportar al juez un nivel de conocimiento denominado “probabilidad prevaleciente”.

Mediante un juicio de valoración previa a la decisión, el juez determina si existe suficiente

⁴⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 183.

⁴⁵ *Ibíd.*, art. 176: *Presunciones establecidas por la ley*. “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

prueba para alcanzar el conocimiento que le exige este estándar de prueba de mayor prevalencia. Si en el juicio de valoración, que es una inferencia, el juez concluye que todavía existen hechos inciertos o no probados, y que su conocimiento es determinante para darle un sentido a la decisión, debe hacer uso de sus poderes de instrucción.

Si en el juicio de valoración del estándar el juez establece que la falta de prueba o de claridad sobre el hecho se debe a inactividad o descuido de la parte responsable de la confirmación, no debe ordenar prueba de oficio, porque la finalidad de la prueba de oficio es servir a los fines públicos del proceso, y no remediar los errores y las faltas de las partes. En este caso el juez debe aplicar la regla de la carga de la prueba desestimando en forma parcial o total sus peticiones.

En caso contrario, si el juez encuentra que la falencia probatoria no es culpa o responsabilidad de una de las partes, sino de agentes externos al proceso y a su dinámica, entonces, con el ánimo de alcanzar el estándar de conocimiento de “probabilidad prevaleciente”, hace uso de sus poderes de instrucción y ordena prueba de oficio.

Como máxima responsabilidad genérica del juez en relación con la prueba, la última en el orden de las actuaciones del proceso, está la elaboración de la regla de juicio o valoración de la prueba⁸⁸, para decidir.

El legislador pauta que la apreciación de la prueba se hará en conjunto, en desarrollo del principio de comunidad de la prueba. Acto seguido la regla de juicio determina que el juez expondrá razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

De esta forma, el juez asume dos obligaciones concomitantes para la sustentación de la decisión: la primera de ellas es valorar razonadamente cada prueba vinculada legítimamente al proceso, por petición de parte o de oficio. Esta valoración individual se realiza sobre toda la prueba recaudada, es decir se motiva la prueba que se desestima, para dar paso al derecho de contradicción y de segunda instancia, y ordenadamente se motiva la prueba que se constituye en fundamento de la decisión. Se exige al juez un trabajo razonado, en relación con los hechos fundantes para la solución del caso, no una exposición detallada de pormenores intrascendentes.

La segunda responsabilidad consiste en retomar toda la prueba que se ha valorado individualmente y que se considera relevante y suficiente para fundamentar la decisión. A esta prueba se le aplica una valoración conjunta mediante un esquema inferencial que dé cuenta de los medios de prueba y sus elementos relevantes en relación con los hechos que resultan probados de ellas. La inferencia expone la convergencia entre pruebas y hechos para la resolución del caso. Este espacio para la motivación y la argumentación de la prueba corresponde a las reglas de la sana crítica que establece el legislador.

Un aspecto importante para tener en cuenta en la valoración de las pruebas es la responsabilidad inferencial, asignada al juez, de motivar las presunciones que resulten probadas. En este sentido, el juez revisa cuidadosamente las presunciones y los indicios sobre la conducta y la posibilidad de aplicar la inversión de la carga de la prueba, formulados por medio de las reglas del legislador o de las potestades que tiene el juez, según el caso. Sobre este aspecto se volverá en el capítulo relativo a la carga de la prueba.

I. Límites a los poderes de instrucción del juez

Todo poder que se establezca en un Estado democrático, como lo es el Estado social de derecho, tiene límites. Los límites a los poderes de instrucción se pueden llamar con mayor técnica deberes que se derivan de la función pública jurisdiccional.

⁸⁸ Ibíd., art. 187: *Apreciación de las pruebas*. “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba” art. 191: Modificado. L. 45/90, art. 67. Modificado. L. 794/2003, art. 19. *Notoriedad de los indicadores económicos*. Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios.

Por ello no se trata de establecer límites absolutos⁸⁷ a la actividad probatoria del juez, porque de la misma manera que un poder sin límites se considera arbitrario y violatorio de la política pública, los límites absolutos representan una vulneración abierta a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y a los derechos y garantías constitucionales.

Las verdaderas complejidades que implica el equilibrio que se debe entablar entre el deber-poder del juez y las garantías de las partes son expuestas con toda claridad por TROCKER⁸⁸ cuando afirma que en la Italia de 1974 “faltaban presupuestos para entender las verdaderas implicaciones de un fenómeno de tal género. De un lado encontraban el principio del libre convencimiento del juez, que era una conquista demasiado reciente e importante [...] del otro, una visión ‘autoritaria’ o ‘burocrática’ de la función judicial”.

Los límites permiten un mejor entendimiento del adecuado equilibrio en la distribución de los poderes que desarrollan los sujetos procesales en sus relaciones probatorias.

Son varios los límites que pueden analizarse, varios de los cuales se desprenden de las responsabilidades que frente a los poderes de instrucción tiene el juez.

En primera instancia, el legislador le ha impuesto al juez el deber de sustentar la decisión en prueba regular y oportunamente allegada al proceso. Esta prueba es aquella que aportan las partes en las oportunidades procesales pertinentes. No le está permitido al juez utilizar su conocimiento personal y particular para resolver una causa. Toda la información que adquiera deberá estar debidamente aducida y controvertida en juicio porque de esta forma se garantizan la igualdad de las partes y las plenas garantías constitucionales.

Es fundamental que las partes apropien con diligencia y cuidado la solicitud y aportación de la prueba; asimismo tienen la responsabilidad de preparar adecuada y justificativamente la contradicción de la prueba, por que de ahí se derivan mayores o menores límites a los poderes oficiosos del juez.

Hay una estrecha relación de dependencia entre la actividad responsable de las partes y la intervención oficiosa del juez. De tal manera que a una menor actividad cuidadosa, precisa y diligente de las partes corresponde una mayor intervención del juez. Y a mayor diligencia, precisión y claridad probatoria de las partes, menor intervención de instrucción por el juez.

Esto significa que el juez no puede suplantar a las partes, ni superponer sus facultades oficiosas sobre la actividad probatoria de éstas, porque esa no es la finalidad de los poderes de instrucción. Además con ello se irrespetarían las garantías constitucionales de contradicción y defensa.

Por último, puede decirse que de los principios integradores del debido proceso probatorio se desprenden los más importantes límites a la intervención oficiosa del juez, porque el equilibrio entre los poderes de dirección material y las garantías constitucionales empieza por admitir que el “deber-poder” del juez se despliega como un poder accesorio a la actividad probatoria de las partes.

De tal forma, excepcionalmente el juez podrá hacer uso de sus poderes, a favor del descuido de una de las partes, esto sólo cuando verifica que hay ruptura en la igualdad de las partes que afecta un derecho fundamental o que lleva a la desprotección de personas altamente vulnerables en la

⁸⁷ COMOGLIO. *La garanzia costituzionale*, cit., p.24: “I limiti probatori ‘assoluti’ che vietano del tutto la prova di certi fatti giuridici ed, in pratica, privano il diritto soggettivo della tutela giurisdizionale, pur senza alterarne la configurazione sostanziale, sono sempre incostituzionali, siano ‘esterni’ o ‘interni’ al processo in cui operano, poiché vanificano la garanzia costituzionale”.

⁸⁸ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 567: “Il giuristi dell’epoca non si sentivano attratti da questa problematica. [este texto es de 1974, y la Constitución italiana introdujo esta norma en el año 1960] Mancavano del resto i presupposti per cogliere le reali implicazioni di un fenomeno del genere. Da un lato, il principio del libero convincimento del giudice era una conquista troppo recente ed importante perché si potesse pensare di rimmetterlo nuovamente in discussione attraverso un sistema di divieti probatori. Dall’altro, una visione ‘autoritaria’ o ‘burocratica’ della funzione giurisdizionale e dei suoi compiti imponeva di assegnare comunque all’accertamento della verità –soprattutto nel campo del processo penale– una posizione di assoluta preminenza. Condizionato dai dogmi del ‘libero convincimento’ e della ‘verità reale’, anche il risultato di un eventuale bilanciamento degli interessi in gioco usciva determinato in anticipo in maniera chiara ed univoca: in favore, cioè, del principio della scoperta, anche se basata su mezzi illeciti, della verità”.

sociedad. Todo lo cual deberá motivar suficientemente.

J. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el ordenamiento jurídico colombiano

La Corte Constitucional es diáfana en esclarecer que la existencia simultánea de la carga de la prueba y de los poderes de instrucción del juez en materia probatoria no presenta incompatibilidad, atendiendo a que en todo caso el proceso civil es también de interés público.

En el contexto del tema objeto de investigación resulta relevante resaltar que la Corte Constitucional establece que, sin perjuicio del papel del juez en la búsqueda de la verdad dentro del procesalismo contemporáneo, las normas de procedimiento civil se han basado en tres reglas generales sobre la carga de la prueba⁴⁹⁰:

- a) *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;
- b) *Reus, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa;
- c) *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.

En esta línea, la Corte Constitucional sostiene que

El procedimiento civil tal como está actualmente concebido y conforme a lo que indica la Carta, dejó atrás el concepto de que se trataba de un proceso que sólo involucraba a las partes, y que, por consiguiente, la actividad del juez se limitaba a examinar las pruebas que las partes ponían a su consideración con el fin de solucionar el conflicto entre ellas. Es decir, desde esta perspectiva, el juez no tenía ninguna actividad distinta a servir de árbitro, sin que pudiera tener iniciativa probatoria, ni amplias facultades en la apreciación de la prueba [...] Hoy en día, el proceso civil es de interés público, busca la verdad real y la realización de la justicia. Es decir, que no obstante que existan asuntos que corresponden al ámbito particular de las partes, tales como la decisión de acudir a la jurisdicción con el fin de iniciar una demanda civil [...] al estar previstas en la ley, realizan el concepto de que ‘las normas procesales son de orden público’⁴⁹¹.

La alta corporación, al abordar el estudio de la constitucionalidad de las normas que permiten el decreto oficioso de pruebas en segunda instancia, previo análisis de los requisitos para pronunciarse de fondo, se declaró inhibida, desafortunadamente⁴⁹².

No obstante, es pertinente resaltar que en esta ocasión la Corte subrayó que no “es admisible el argumento según el cual las pruebas de oficio, en cualquier instancia que sean decretadas y practicadas, son simplemente un instrumento encaminado a subsanar la negligencia de una de las partes en el proceso. Por el contrario, el recurso a ellas se explica por el deber que tiene todo juez, en un Estado Social de Derecho, de buscar la verdad”⁴⁹².

⁴⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁴⁹¹ Ídem.

⁴⁹² ÍD. Sentencia C-159/07 del 7 de marzo de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

⁴⁹² Ídem.

También sostuvo la corporación que “la libertad de configuración del legislador, advirtiendo que en todo caso han de respetarse las garantías mínimas que supone el debido proceso en materia probatoria, señalando entre ellas el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; aparte que ha sido citado en jurisprudencia reiterada de la misma corporación al abordar el estudio de la constitucionalidad de normas del procedimiento civil”⁴⁹³.

En igual sentido, indicó que “siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas”⁴⁹⁴.

Concluye la Corte que “si la justicia es un elemento fundante del nuevo orden constitucional, valor y principio constitucional que debe ser realizado como fin propio de la organización estatal, constituye un deber y no una mera facultad la posibilidad de que se decreten pruebas de oficio; lo cual en relación con la norma acusada supone que el decreto oficioso de pruebas estará determinado por la necesidad de que se alleguen al proceso los elementos de juicio requeridos para que se adopte una decisión ajustada al derecho y a la equidad”⁴⁹⁵.

En este sentido, la corporación fortalece su posición cuando analiza la certeza que brinda la prueba de ADN, en el contexto actual de la ciencia, a efectos de determinar un vínculo paterno o materno-filial. Por ello considera que por voluntad del legislador es una prueba obligatoria y oficiosa, lo cual supone que tratándose de los derechos de los niños no se sujete a exigencias de índole económica, pues mal haría el Estado en imponer al respecto una carga y restringir o condicionar su cumplimiento⁴⁹⁶.

Por ello, la prueba de ADN para determinar la filiación “constituye no sólo una facultad sino un deber que el legislador ha impuesto al juez en aras de garantizar la verdad real y la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución”⁴⁹⁷.

[...] nuestros legisladores pensando en adecuar las normas a las actuales circunstancias del mundo moderno y acorde a los fines esenciales del Estado, como en el presente caso, han modificado la ley 75 de 1968 mediante la ahora demandada ley 721 de 2001 imponiendo como obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, desplazando los demás medios de prueba, los que han pasado a tener un carácter meramente subsidiario, esto es, que se recurrirá a éstos solamente cuando sea absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN⁴⁹⁸.

Por ello la prueba de que en la misma época de la supuesta concepción la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres⁴⁹⁹ no suple la imperiosa necesidad de la prueba científica.

A pesar de que la Ley 75 de 1968 en el artículo 6, permite la prueba indirecta de las relaciones sexuales, en

⁴⁹³ ÍD. Sentencia C-1270/00 del 20 de septiembre de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁴⁹⁴ Ídem.

⁴⁹⁵ Ídem.

⁴⁹⁶ ÍD. Sentencia C-807/02 del 3 de octubre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

⁴⁹⁷ Ídem.

⁴⁹⁸ Ídem.

⁴⁹⁹ ÍD. Sentencia C-243/01 del 27 de febrero de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

el 7 obliga al juez a decretar las pruebas científicas necesarias, conducentes e idóneas para determinar la paternidad. Por lo cual, la interpretación sistemática o armónica de las dos disposiciones, lleva a concluir que la sola prueba indirecta de aquellas relaciones nunca es de recibo en el juicio definitorio de la paternidad, salvo el caso de la imposibilidad de practicar las pruebas científicas⁵⁰⁰.

Esta interpretación sistemática y evolutiva de los artículos 6 y 7 de la Ley 75 de 1968, resulta acorde, además, con la libertad probatoria adoptada por nuestro régimen procesal civil, que abandonando el sistema de tarifa legal ha acogido desde 1971 el principio de la libertad de la prueba, el principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas y el principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. (Artículos 37, 167, 175, 187, y demás normas concordantes del Código de procedimiento civil). El juez puede, aun de oficio decretar las pruebas que estime conducentes, y entre ellas las científicas pertinentes en el juicio de investigación de la paternidad⁵⁰¹.

Esta regulación del sistema probatorio por el Derecho Procesal Civil, y especialmente en lo relativo a los juicios de filiación, es la que desarrolla fidedignamente los postulados y valores de la Constitución, puesto que permite asegurar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228) [...] De esta manera, en el actual sistema probatorio el juez y las partes tienen a su disposición una amplia libertad para asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material.⁵⁰²

En otra sentencia, la Corte indica que “El Estado a través de la administración de justicia busca o tiene como finalidad primordial no sólo el esclarecimiento de la verdad, sino también lograr la efectividad de los derechos de las personas, para lo cual ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales para que la verdad procesal coincida con la verdad real, y para ello ha consagrado la institución procesal de la prueba oficiosa, que es aquella que el juez decreta y practica no a petición de parte, sino porque considera conducente y pertinente a la verificación de los hechos”⁵⁰³.

También sobre los poderes de oficio, la Corte hace un estudio relevante, en un análisis sobre las normas de procedimiento civil relativas a la contestación de la demanda, específicamente sobre aquella que permite delinear indicio grave en contra de quien no efectúe la respectiva contestación⁵⁰⁴ de la demanda y el interrogatorio de parte, precepto que en sentir del actor vulneraban el derecho a la no autoincriminación.

Para dar respuesta a la demanda, la Corte Constitucional se refirió a la necesidad de estas actuaciones de las partes en el contexto del procesalismo contemporáneo, el cual supone un nuevo papel del juez⁵⁰⁵.

Por ello sostuvo que

El procedimiento civil tal como está actualmente concebido y conforme a lo que indica la Carta, dejó atrás el concepto de que se trataba de un proceso que sólo involucraba a las partes, y que, por consiguiente, la actividad del juez se limitaba a examinar las pruebas que las partes ponían a su consideración con el fin de solucionar el conflicto entre ellas. Es decir, desde esta perspectiva, el juez no tenía ninguna actividad distinta a servir de árbitro, sin que pudiera tener iniciativa probatoria, ni amplias facultades en la

⁵⁰⁰ Ídem.

⁵⁰¹ Ídem.

⁵⁰² Ídem.

⁵⁰³ ÍD. Sentencia C-807/02 del 3 de octubre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

⁵⁰⁴ Código de Procedimiento Civil, Decreto 2282 de 1989, art. 92.

⁵⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

apreciación de la prueba⁵⁰⁶.

Hoy en día, el proceso civil es de interés público, busca la verdad real y la realización de la justicia [...] no obstante que existan asuntos que corresponden al ámbito particular de las partes, tales como la decisión de acudir a la jurisdicción con el fin de iniciar una demanda civil, o manifestaciones de voluntad como cuando el demandado decide allanarse a las pretensiones de la demanda, o las partes de renunciar a términos, que son manifestaciones del principio dispositivo del proceso civil, pero que, a su vez, al estar previstas en la ley, realizan el concepto de que 'las normas procesales son de orden público [...]' (art. 6 del C. de P.C.).⁵⁰⁷

Tal como está regulado el procedimiento civil, el demandado una vez debidamente notificado de la demanda, debe hacer una manifestación general sobre su contenido y expreso sobre las pretensiones, con el fin de que el juez pueda delimitar desde el principio, las posiciones de las partes, facilitar la actividad probatoria y establecer cómo dirigirá el funcionario judicial los poderes que le otorga la ley en cuanto al decreto y la práctica de pruebas, el impulso del proceso, y, hacer realidad la igualdad de las partes. Toda esta actividad de las partes y del juez está enmarcada en las disposiciones del C. de P. C.⁵⁰⁸

Es de observar que la ley procesal civil le atribuye al juez facultades de interpretación de las normas procesales (art. 4), de dirección del proceso y aplicación de sanciones (art. 37), poderes de ordenación e instrucción del proceso (art. 38), de decretar pruebas de oficio (arts. 179, 180). Además, como manifestación de los poderes legales del juez, se encuentra la facultad en la apreciación de los indicios, como está previsto en los artículos 248, 249 y 250 del C. de P. C.⁵⁰⁹

Posteriormente, la Corte, al revisar la constitucionalidad de la derogatoria de la perención, formuló unas conclusiones interesantes con referencia a que "al legislador le asiste la facultad de definir qué deberes, obligaciones y cargas procesales le corresponden al juez y a las partes; lo cual permite finalmente optar por sistemas procesales de carácter inquisitivo, dispositivo, o mixto"⁵¹⁰.

Así, en lo concerniente a los medios de prueba se indica que "está radicada en cabeza del legislador la facultad de regularlos, de tal manera que si se asume el modelo de un sistema dispositivo el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes; por el contrario si se admite un sistema inquisitivo el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad"⁵¹¹.

Siguiendo esta línea argumentativa, señala esta corporación que "en la mayoría de las legislaciones el proceso civil ha sido prevalentemente dispositivo y el penal prevalentemente inquisitivo. Sin embargo, en el derecho comparado el primero puede calificarse hoy en día como mixto, pues el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba"⁵¹².

En concordancia con lo expuesto, la Corte concluye que el proceso civil colombiano es de

⁵⁰⁶ ÍD. Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁵⁰⁷ Ídem.

⁵⁰⁸ Ídem.

⁵⁰⁹ Ídem.

⁵¹⁰ ÍD. Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁵¹¹ Ídem.

⁵¹² Ídem.

carácter mixto:

El proceso civil colombiano establecido en el Código de 1931 era puramente dispositivo, como lo afirmara Antonio Rocha para quien en dicho sistema ‘el juez desempeñaba un papel pasivo, pues le correspondía a las partes y no a él la carga exclusiva de la prueba, es decir, pedir las y activar su ejecución’. Hoy en día, siguiendo la tendencia contemporánea, nuestro proceso civil se ha orientado hacia un sistema mixto. En efecto, es dispositivo por cuanto las partes inician el proceso por demanda y lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan y piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por el demandado (principio de congruencia). Si embargo, es inquisitivo en cuanto a que el juez impulsa el proceso y decreta pruebas de oficio en primera o en segunda instancia, puede oficiosamente declarar probadas las excepciones de mérito cuando se encuentren probados los hechos que las constituyan, y emplear los poderes que la ley le otorga para evitar fallos inhibitorios, nulidades y castigar el fraude procesal.⁵¹³

Con estas reflexiones, la Corte concluye que “no vulnera el debido proceso la derogatoria de la figura de la perención, pues esto no significa otra cosa que el propósito del legislador de avanzar en el abandono del carácter exclusivamente dispositivo del proceso civil, para profundizar en ciertos rasgos inquisitivos que estimó más adecuados para garantizar el interés general implícito en que las controversias judiciales sean resueltas oportunamente mediante providencias de fondo, de tal forma que con la derogatoria de la perención, en uso de su libertad de configuración normativa en materia procedimental, el legislador quiso promover la figura del juez como director del proceso, por lo cual decidió acabar con la posibilidad que tenía la parte actora de producir la terminación anormal del proceso mediante el recurso a su propia inactividad”⁵¹⁴.

Así pues, de los poderes otorgados al juez se deduce que en el actual procedimiento civil existe un deber de impulso del proceso por parte del juez, que lo obliga a hacer progresar el trámite, buscando la rápida solución del asunto debatido, por medio de un fallo que resuelva en el fondo la cuestión jurídica sometida a su decisión.

En todo caso, la Corte, respecto del derecho de las partes y el deber del juez de practicar oficiosamente las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos, reconoce la facultad que tiene el legislador de establecer imperativos de conducta al juez, ello en para de “proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos”⁵¹⁵.

K. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con los poderes de instrucción del juez, en el ordenamiento civil colombiano

La sentencia de casación del 11 de agosto de 2005, donde actúa como magistrado ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, recoge la posición reiterada de la Corte Suprema de Justicia sobre la prueba de oficio.

En dicha providencia se trata el tema de la prueba de oficio, indicando que es una facultad y un deber para el juzgador decretar pruebas de oficio, porque se entiende superada “la visión privatista del proceso civil, que suponía una conducta pasiva del juez y un beneficio e interés exclusivo de los particulares”⁵¹⁶.

⁵¹³ Ídem.

⁵¹⁴ Ídem.

⁵¹⁵ ÍD. Sentencia C-1104/01 del 24 de octubre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁵¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC-207/05 del 11 de agosto de 2005, exp. 7367, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

Según la Corte Suprema, por mandato del Código de Procedimiento Civil, el juez debe “Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias ya que el artículo 179 consagró la autorización para el ejercicio de tal prerrogativa, ordenándole al juez verificar los hechos afirmados por las partes”⁵¹⁷.

Por ello, sobre el decreto oficioso de pruebas, esta corporación tiene sentado que “sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto”⁵¹⁸.

En este sentido, considera que la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba no es una mera discrecionalidad del juzgador, sino que es un deber edificado sobre un juicio y unas conclusiones razonables; por ello afirma que al juzgador, y “sólo a él, le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio (artículo 179, inc. 2 Código de procedimiento civil) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, sólo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso”⁵¹⁹.

Esta afirmación confirma la jurisprudencia reiterada en el sentido de que “la omisión en el decreto y práctica oficiosa de pruebas puede dar pie a un error de derecho cuando tal decreto sea exigido forzosamente por la ley o porque con posterioridad a la presentación de la demanda [...] sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial”, o que “se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso”⁵²⁰.

Ha sido insistente la Corte en hacer ver que el juez debe garantizar resoluciones justas de fondo, sin ignorar los límites de actuación, que también en el campo de la prueba impone el principio dispositivo aún predominante en los procesos civiles. Se entiende que para la corporación estos límites son bastante flexibles, tratándose de la comprobación integral de la cuestión fáctica en litigio.

Así, sostiene la Corte que “frente al ordenamiento procesal que gobierna la facultad de aducir pruebas, ésta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino por uno público, de abolengo superior, cual es el de la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno”⁵²¹.

A los órganos jurisdiccionales en el orden civil no les está permitido, por lo tanto, desentenderse de la investigación oficiosa con el fin de llegar a la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiendo cómodas actitudes omisivas. “El juez debe lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia”⁵²².

⁵¹⁷ Ídem.

⁵¹⁸ Ídem.

⁵¹⁹ Ídem.

⁵²⁰ Ídem.

⁵²¹ ÍD. Sentencia S-012/98 del 4 de marzo de 1998, exp. 4921, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

⁵²² Ídem.

Por ello la Corte sostiene que no es facultativo del juez, “sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor puntualiza esta corporación en el segundo de los fallos de casación evocados líneas atrás, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los arts. 37 num. 4, 179 y 180 del C. de P. C.”⁵²³.

El deber de verificación se encuentra consagrado efectivamente en normas probatorias, cuya infracción da lugar al recurso de casación. Así, reitera la Corte que “la atribución que la ley otorga al funcionario para decretar pruebas de oficio si bien por el interés público del proceso no constituye una facultad sino un deber [...] no es menos cierto que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con estas, así como cuáles de esos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles de éstas considera útiles para tal efecto”⁵²⁴.

Afirma la Corte⁵²⁵ que las partes interesadas de manera directa en el proceso deben, mediante la formulación de la demanda y las excepciones, iniciarlo y fijarle al juez el ámbito dentro del cual debe desplegar su actividad de director del proceso y fallador. Además, las partes tienen el poder de disponer de los derechos discutidos o alegados en el proceso. Pero la actividad probatoria ya no sólo es de incumbencia de las partes, porque al juez se le otorgan amplias facultades para decretar pruebas de oficio de manera que se acerque lo más posible la verdad procesal a la real, el cual es un objetivo de interés público o general.

Por ello la corporación sostiene que ha evolucionado la función instructora del juez en el proceso civil, “tanto que en el Código de procedimiento civil abundan las disposiciones que otorgan a aquél facultades para llegar al objetivo antedicho, como son, a guisa de ejemplo, las contenidas en los artículos 179, 180, 202, 203 inc. 3º, 207 inc. 3, 211, 219, 225 numeral 3, 233 inc. 2, 237 numeral 3, normas todas que destacan la razonable discrecionalidad del juez en el decreto de pruebas oficiosas”⁵²⁶.

En directa relación con el deber-poder del juez para decretar pruebas oficiosas, el Código de Procedimiento Civil consagró, en su artículo 177, el principio de la carga de la prueba, a cuyo tenor “[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, siendo esta una “regla de juicio que debe aplicar el juez como sucedáneo, ante la falta de pruebas o ante la existencia de lo que doctrinalmente se ha conocido como el ‘hecho incierto’”⁵²⁷.

La contradicción entre el deber y el poder de decretar pruebas de oficio, por una parte, y la consagración del principio de la carga de la prueba, por otra, es sólo aparente.

El proceso civil colombiano tiene naturaleza mixta –dispositiva-inquisitiva–, lo que implica para el juez emplear sus poderes, dirigir el proceso, buscar la verdad y acercarse a lo justo. “Es, justamente, la iniciativa oficiosa del juez en materia probatoria, el aspecto vertebral de este viraje y el que encarna con mayor viveza el atemperamiento de los postulados privatistas en la materia, al investirlo de la potestad de decretar pruebas de oficio para investigar los hechos sometidos a su discernimiento, poder que en nuestro ordenamiento adquiere unos visos aún más relevantes al

⁵²³ Ídem.

⁵²⁴ Ídem.

⁵²⁵ ÍD. Sentencia S-088/99 del 11 de noviembre de 1999, exp. 6168, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

⁵²⁶ Ídem. En el mismo sentido, la Sentencia S-211/00 del 7 de noviembre de 2000, exp. 5606, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

⁵²⁷ ÍD. Sentencia S-088/99 del 11 de noviembre de 1999, exp. 6168, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

adosarle, a su vez, el carácter de un deber a cargo de aquél”⁵²⁸.

Por ello, al juez “No le es permitido asumir una actitud pasiva”, pero las partes tienen a su vez la obligación de “probar los hechos que consideran apropiados al reconocimiento del derecho que persiguen, porque no debe perderse de vista que a pesar de otorgarle el Estado una importancia abstracta a las resultas del debate que las partes le han planteado, en consideración al fin suyo de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2 de la Constitución Política), no es menos cierto que esas partes, primeramente, son las más interesadas en la sentencia, como que ésta define sus pretensiones o excepciones”⁵²⁹.

No podrá concluirse, como antaño solía hacerse, que ante la falta de pruebas se deba aplicar sin más el principio de la carga de la prueba, porque entonces de nada servirían las directrices normativas que el Código de procedimiento civil contempla en los artículos atrás mencionados, pero particularmente en el 37 numeral 4, normas todas enderezadas a lograr un fallo basado en verdades objetivas.⁵³⁰

En razón de ello, el deber de decretar prueba de oficio no puede entenderse como un imperativo para el juez; así, en relación con la violación de la ley sustancial por error de derecho al no aplicar los artículos 37.4 y 179 del Código de procedimiento civil, la Corte sostiene “que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto”⁵³¹.

Es claro para la Corte que la sentencia debe resolver, positiva o negativamente, sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado que hubieren sido probadas y alegadas, así no se haya ordenado actividad oficiosa.

Ese poder del juez, caracterizado como se encuentra, según se ha dicho, de un razonable grado de discrecionalidad, se trueca, a veces, en un verdadero deber, despojado, por consiguiente, de aquel cariz potestativo, manifestándose, entonces, como una exigencia que el juzgador, como director del proceso, debe satisfacer; se trata, entonces, de específicos eventos en los cuales la ley impone la práctica de una determinada prueba en ciertos procesos, en cuyo caso, incumbe al juzgador cerciorarse de la realización de la misma, como acontece, por ejemplo, con las pruebas ordenadas por el artículo 407 y 415 del Código de procedimiento civil, entre otras, o el artículo 7 de la Ley 75 de 1968; con la realización de cierta actividad complementaria de la de las partes, como acontece, v. gr., con lo previsto en el artículo 256 *ejusdem*⁵³².

Por ello, para que la omisión pueda ser causal de demanda de casación “el omitido deber de verificación oficiosa debe tornarse trascendente, esto es, el error al no decretar las pruebas de oficio debe repercutir o incidir en la resolución del conflicto al punto que si no se hubiere cometido el yerro, el sentido del fallo hubiese sido otro”⁵³³.

Es así como la “prudente estimación personal del juez sobre la conveniencia de decretar pruebas de oficio se enmarca en un deber –entendido como la necesidad de que ese sujeto pasivo

⁵²⁸ ÍD. Sentencia S-211/00 del 7 de noviembre de 2000, exp. 5606, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

⁵²⁹ ÍD. Sentencia S-088/99 del 11 de noviembre de 1999, exp. 6168, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

⁵³⁰ Ídem.

⁵³¹ Ídem.

⁵³² ÍD. Sentencia S-211/00 del 7 de noviembre de 2000, exp. 5606, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

⁵³³ ÍD. Sentencia del 30 de noviembre de 2001, exp. 5980, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

de la norma procesal que es el juez ejecute la conducta que tal norma le impone-, y en un poder – entendido como la potestad, la facultad de instruir el proceso sin limitarse a ser un nuevo espectador-, ambos actuantes junto con el principio de la carga de la prueba y de la discrecionalidad judicial en la apreciación de la misma, para el proferimiento de la sentencia de mérito”⁵³⁴.

Como en el proceso interactúan los principios de la carga de la prueba y del deber-poder del juez en su decreto, “es el juez, en su discreta autonomía, quien debe darle a cada uno la importancia concreta, el peso específico que debe tener uno de ellos en la resolución del debate”⁵³⁵.

Aunque en principio se puede afirmar que no se incurre en error de derecho cuando el juez “en uso de sus atribuciones se abstiene de decretar pruebas de oficio”, también es dable predicar “que éste se presenta cuando la necesidad de decretar y practicar esa prueba es impuesta por la ley [...] así como cuando la verificación oficiosa del juez se impone objetivamente por la índole del proceso, es decir, se torna ineludible a efectos de evitar una sentencia absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia”⁵³⁶.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE LAS PARTES, EN RELACIÓN CON LA PRUEBA

SUMARIO

Introducción e hipótesis. I. Los derechos constitucionales que se derivan de un debido proceso probatorio. II. El principio dispositivo y la dispositividad de la prueba. III. El principio probatorio de autorresponsabilidad y la teoría de la confirmación en el proceso. IV. Las posibilidades de influir en el desarrollo y el éxito del proceso *versus* el deber de colaboración activa de las partes en el proceso.

INTRODUCCIÓN E HIPÓTESIS

Una crítica común para desestimar la labor oficiosa del juez consiste en afirmar que con ella se irrespeta el principio dispositivo, lo cual coarta el derecho de defensa de las partes y en oportunidades anula el contradictorio.

Esta explicación adolece de insuficiente claridad, pues no analiza integralmente las reglas dispositivas en relación con los derechos constitucionales que refieren el debido proceso probatorio como una garantía de equilibrio y control de los poderes de dirección material. Tampoco da cuenta de las relaciones que tienen los poderes de instrucción con el principio de autorresponsabilidad y con el derecho democrático a influir en el éxito del proceso.

Por lo expuesto, este capítulo pretende desarrollar la siguiente hipótesis jurídica: El ordenamiento jurídico, como sistema jurídico complejo, prevé una serie de garantías constitucionales a favor de las partes, garantías que propician un adecuado equilibrio de

⁵³⁴ ÍD. Sentencia del 16 de agosto de 2000, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

⁵³⁵ Ídem.

⁵³⁶ Ídem.

distribución de poderes, en donde los deberes de instrucción del juez son accesorios respecto de la actividad probatoria de las partes. Todo ello se une al fortalecimiento del deber de colaboración de las partes.

I. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE DERIVAN DEL DEBIDO PROCESO PROBATORIO

El derecho constitucional a la prueba se adopta a partir de las constituciones de posguerra³⁷, pues antes se consideraba una regulación exclusivamente de la ley. En general, al igual que el debido proceso, el derecho a probar adquiere un doble carácter o naturaleza, como lo expone PICÓ³⁸: “el subjetivo y el objetivo”.

El derecho a la prueba en sentido subjetivo es un derecho sustancial, un derecho en sí mismo que permite al ciudadano reclamar. El derecho a la prueba en sentido objetivo es el derecho a obtener garantías de debida protección.

La conjunción de estas dos perspectivas da origen al derecho a probar y a controvertir, derechos aparentemente contrapuestos pero asimilables en un mismo orden de garantías constitucionales. Probar y controvertir son principios inviolables desde el orden constitucional y se convierten en los pilares de garantía de las partes, para defenderse en juicio.

Los derechos de las partes a presentar en el juicio toda la prueba que consideren necesaria y a controvertir toda la prueba que se allegue en su contra se expresan con las garantías constitucionales de legítima defensa y contradicción y con el derecho democrático a tener una posición apta para influir en el desarrollo exitoso del proceso.

En este sentido, el juez ha de garantizar que la parte tenga oportunidades reales de defensa, y para esto el ordenamiento jurídico le asigna poderes de instrucción. Esto propicia un razonable método de procesamiento, garante y respetuoso de los principios constitucionales: el debido proceso probatorio.

El debido proceso probatorio se puede entender también como el derecho a un limpio contradictorio, porque corresponde a todos los derechos y garantías que se deben observar en el enfrentamiento y la discusión de las pruebas. Este derecho está contenido en las propias constituciones y ordena asegurarles efectivamente a las partes los medios efectivos para su defensa, lo que constituye una materialización de la igualdad; entre dichos medios se tiene: aportación de todos los medios de prueba que se consideren necesarios, el derecho a una defensa técnica, la prohibición de autoincriminación probatoria y el derecho de controvertir toda la prueba que se allegue en su contra, incluida la que se ordene de oficio. Y también busca garantizar la nulidad absoluta de la prueba obtenida con la violación del debido proceso o de cualquier otro derecho fundamental.

El derecho a un limpio contradictorio hace parte de las garantías constitucionales. Por medio de él se busca repudiar el exceso de autoridad jurisdiccional y fortalecer la participación y colaboración dinámica de las partes, para tener siempre la posibilidad efectiva de influir con la

³⁷ JOAN PICÓ. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 15: “El derecho a la prueba lo recoge por primera vez la Constitución española de 1978. Lo mismo en Italia en 1947, en Alemania la ley federal de Bonn 1949, en Portugal en 1979, en Andorra en 1993. Por eso siempre se ha obviado su estudio como derecho básico o esencial del litigante”. Para Colombia, la Constitución Política de 1991 establece el artículo 29.

³⁸ PICÓ. Ob. cit., pp. 18-20: “La teoría de la Constitución sigue el *Bundesverfassungsgericht* alemán (como derecho subjetivo del ciudadano y como garantías de derecho objetivo), en esta última como derechos esenciales de nuestro conjunto normativo como figuras que ‘resumen’ un valor sumido en el sistema de una comunidad insertándose ‘con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico’ y la vertiente subjetiva porque le atribuye a una persona el poder de ejercitarlos y reclamar su debida protección. El carácter subjetivo del derecho a la prueba es el ejercicio que requiere la voluntad de una parte para proponer el medio y que este sea admitido, practicado y valorado judicialmente”.

propia acción de defensa en el éxito del proceso y, por supuesto, en la decisión del juez⁵³⁹.

El derecho al contradictorio también es objeto de desarrollo por la ley, y en su estructura se prevé: la corrección de las notificaciones, las actuaciones procesales debidamente comunicadas, el juicio de relevancia sobre la prueba y, la más importante de todas, la nulidad por inobservancia de las reglas propias del juicio, cuando ello afecte de alguna manera el debido proceso constitucional.

Un limpio contradictorio se corresponde con el derecho fundamental al debido proceso probatorio, que desarrolla por lo menos tres principios: el derecho de defensa, el derecho de contradicción y la nulidad plena de la prueba cuando se obtenga con violación del debido proceso o de otros derechos fundamentales.

A. El derecho de defensa

El derecho de defensa garantiza a las partes la posibilidad de presentar todas las pruebas que consideren necesarias para la fundamentación de sus pretensiones. Difiere del derecho a la prueba, porque éste es más general, pero hace parte del derecho fundamental al debido proceso, como un subprincipio integrador, que se entreteje con otros principios de igual rango como la no autoincriminación probatoria y el derecho a la defensa técnica⁵⁴⁰ o de abogado.

El derecho de defensa permite a las partes proponer todos los medios de prueba que consideren útiles para “la reconstrucción procesal de la verdad o para la fundamentación fáctica de sus pretensiones”. Este derecho no implica un correlativo deber del juez de admitirlas en el proceso⁵⁴¹ o de darles algún valor; ellas serán sometidas al juicio de relevancia y luego a las reglas de valoración judicial.

No obstante, si asumimos que las partes tienen el derecho a presentar todas las pruebas que consideren importantes, también tienen el derecho a que el juez estudie las pruebas relevantes y útiles para la demostración de los hechos. Este derecho comporta un deber correlativo para el juez: la obligación de admitir para la controversia los medios de prueba que hayan superado el juicio de relevancia⁵⁴².

Por esto, el principio de defensa contiene verdaderos límites a la discrecionalidad del juez para la admisión de la prueba. No es de recibo un libre convencimiento sobre la admisión⁵⁴³; se debe realizar un juicio de relevancia debidamente fundamentado con miras a la controversia de las partes.

El principio de defensa prevé además las siguientes garantías: las partes tienen derecho a que se les respete un término probatorio suficiente para proponer las pruebas y tienen derecho a que la admisión de estas se realice mediante una providencia motivada, que permita la discusión. En este término pueden proponer todos los medios de prueba que consideren pertinentes, con la única

⁵³⁹ COMOGLIO. *Reforma processuale*, cit., p. 105.

⁵⁴⁰ COMOGLIO. *La garanzia*, cit., p. 143: “L’intenzione del legislatore costituente, lo scopo preminente della norma sembra essere statu quello di garantire, nell’ambito del procedimento, la difesa in senso tecnico [...] nell’inviolabilità del diritto di difesa vi è un aspetto sostanziale non meno importante, che non si identifica con l’indefettibile assistenza del difensore, ma attribuisce alla parte ‘la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni, con le forme ed i mezzi che assicurano la istituzione e lo svolgimento del contraddittorio’”. JAIRO PARRA. *Manual de derecho probatorio*, 11.ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2000, pp. 76-77.

⁵⁴¹ TROCKER. *Proceso civile*, cit., p. 512 “Le parti hanno un diritto costituzionalmente garantito di presentare o proporre i mezzi di prova che ritengono utili per la ricostruzione processuale della verità e per la dimostrazione della fondatezza delle loro pretese, ma non hanno alcun diritto alla effettiva assunzione di tali prove ad opera del magistrato”.

⁵⁴² *Ibid.*, cit., p. 520: “Le parti hanno un diritto costituzionalmente garantito di vedere acquisite al processo le prove indicate e proposte che presentano una effettiva rilevanza o utilità per la risoluzione della controversia; a questo diritto corrisponde l’obbligo del giudice di dare ingresso a tali mezzi di prova a pena di violazione del precetto del art. 103, comma 1 del *Grundgesetz*”.

⁵⁴³ *Ibid.*, cit., p. 522: “E in tal senso esso rappresenta un valido accorgimento per evitare che il principio della libera valutazione e del libero convincimento sconfini dal suo ambito naturale, che è quello delle prove effettivamente acquisite”.

limitación que les establece la ley. Así mismo, tienen derecho a que la prueba propuesta con suficientes fundamentos sobre su utilidad, conducencia y pertinencia sea admitida, y a practicar toda prueba propuesta y conducente; si se les niega este derecho se considera vulnerado el debido proceso probatorio por negación del derecho legítimo a probar.

Las partes, por último, tienen derecho a que la prueba practicada sea debidamente valorada; este derecho es correlativo del deber de motivación de las sentencias.

B. El derecho de contradicción

El derecho de contradicción es entendido por la doctrina como la facultad que tienen las partes para controvertir toda la prueba que se allegue en su contra, incluida la que sea aducida por el juez en ejercicio de sus poderes de oficio⁵⁴⁴ o dirección material.

Este principio presupone la igualdad formal de las partes. Para el debate, la igualdad material y desarrollar plenamente la defensa de sus propias razones. Por ello se supone en una estrecha relación con la dirección material del proceso, para favorecer “la efectiva participación de los sujetos naturales del proceso, y también la colaboración y cooperación, según los criterios de publicización y moralidad”⁵⁴⁵.

El principio de contradicción, como afirma COMOGLIO⁵⁴⁶, se hace realidad en la dinámica de un proceso “correcto” y “leal”, fundado en la dialéctica y abierto a la discusión. En este debate nada hay oculto y las posiciones diversas se fundamentan con la finalidad de alcanzar la certeza sobre los hechos.

La contradicción implica que las partes siempre estén en condiciones de interlocución, preventiva y tempestivamente, en cualquier cuestión: de hecho, de derecho, preliminar, de rito o de mérito, que aporte a la decisión jurisdiccional.

C. El derecho a obtener la nulidad absoluta por violación del debido proceso

El derecho a obtener la nulidad absoluta respecto de la prueba que se obtenga con violación del debido proceso es un derecho constitucional que impide la vulneración de derechos fundamentales. Como afirma TROCKER⁵⁴⁷, “el objetivo de esta disposición es claro y se desprende del principio de la dignidad humana para garantizar que el procesado no reciba un perjuicio, en la libre determinación de aportar pruebas que comprometan la integridad psico-física”.

Cuando el derecho a la prueba es vulnerado entra en discusión con otro derecho constitucional, también, generalmente fundamental. De ahí se deriva la importancia de la ponderación de los

⁵⁴⁴ JAIME AZULA. *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Temis, 1998, p. 5; PARRA. *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 57; TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 535: “La garanzia del *rechtliches Gehör* non implica soltanto che un soggetto possa difendersi contro le prove presentate dall'avversario, ma richiede altresì che le parti siano in grado di interloquire su tutte le prove reperite e raccolte d'ufficio. Pertanto quando il giudice introduce la prova d'ufficio egli si trova rispetto all'esigenza del contraddittorio nella stessa posizione della parte”.

⁵⁴⁵ COMOGLIO. *La garanzia*, cit., p. 141: “[...] una concezione parzialmente diversa, meno individualistica e più dinamica, in cui il principio di neutralità o di equidistanza del giudice, tipico del c.d. *adversary system*, trova adeguati correttivi nell'attribuzione al giudice stesso di alcuni poteri di ‘*materielle Prozessleitung*’, al fine di “favorire l'effettiva partecipazione al processo dei suoi soggetti naturali, e quindi la loro collaborazione [...] o cooperazione, secondo criteri di ‘pubblicizzazione’ e di ‘moralizzazione’ del processo medesimo”.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 145.

⁵⁴⁷ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 575: “L'obbiettivo della disposizione é chiaro: garantire che l'imputato non riceva pregiudizio nella libera determinazione del proprio volere dall'impiego di mezzi di costrizione che ne ledano l'integrità psico-fisica. Ed infatti il *Bundesgerichtshof* si richiama proprio al valore sovraordinato della dignità umana per estendere l'ambito operativo del §136”.

principios⁵⁴⁸, como mecanismo idóneo para excluir la prueba viciada. Esta ponderación se hace cada vez más necesaria de instituir en la sociedad contemporánea, donde el uso de la ciencia y la técnica⁵⁴⁹ amenaza permanentemente con desbordar usos indiscriminados e ilimitados.

El análisis de esta ponderación⁵⁵⁰ entre principios se conduce además de acuerdo con la calidad de los sujetos⁵⁵¹ que tienen interlocución con respecto a la prueba. Por tanto, el resultado es más fuerte cuando la ilicitud se comete por personas jurídicas estatales o funcionarios públicos, o por personas que ejercen dominio o subordinación en relación con otras.

En todo caso, la nulidad de la prueba, por la violación al debido proceso, es de naturaleza especial y prevaleciente frente a las nulidades taxativas legales de menor jerarquía.

De los tres principios analizados: derecho a la prueba, derecho de contradicción y derecho a la nulidad por violación al debido proceso, se desprenden estructuras mínimas de respeto para un debido proceso probatorio. Veamos.

Las partes tienen derecho a solicitar todas las pruebas que consideren de importancia para la confirmación de los hechos en el proceso. Por tanto, el acto procesal que contiene el juicio de relevancia y que resuelve sobre la utilidad, la conducencia y la pertinencia de las pruebas debe estar suficientemente motivado y razonado por el juez, para permitir la contradicción.

Respecto de las pruebas aducidas y controvertidas legítimamente en el proceso, las partes tienen derecho a que sean valoradas en forma individual y colectiva en la sentencia, cuando son fundamento de la decisión. De igual manera, las partes tienen derecho a que se motive sobre las pruebas aducidas legítimamente en el proceso, pero desestimadas en la decisión.

También gozan las partes del irrestricto derecho a controvertir públicamente y dentro de términos adecuados todas las pruebas aportadas por la contraparte o de oficio por el juez y a que las pruebas debidamente aducidas y controvertidas en el proceso no sean suplantadas ni desestimadas de plano por el juez mediante actividades oficiosas.

Por último, hace parte integral del debido proceso probatorio el derecho que asiste a las partes para que se anule, de nulidad absoluta, y se retire del proceso toda prueba que haya sido adquirida y aducida en el juicio con violación del debido proceso o de otro derecho fundamental.

D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el debido proceso probatorio

El debido proceso probatorio ha sido delineado por la Corte Constitucional en muy diversas decisiones, fortaleciendo y corroborando los principios constitucionales que lo integran.

La Corte ha expresado en reiteradas oportunidades que la acción de tutela excepcionalmente procede contra providencias judiciales. Es viable cuando éstas constituyan vías de hecho, por un comportamiento arbitrario del juez que desconoce los derechos fundamentales de las partes,

⁵⁴⁸ COMOGLIO. *La garanzia*, cit., p. 6: “In effetti, é radicata nella moderna dottrina e giurisprudenza costituzionale la convinzione che la particolare struttura delle c.d. ‘norme di garanzia’ sia tale da richiedere un impegno interpretativo qualitativamente diverso dal normale, imponendo non di rado l’adozione di strumenti ermeneutici nuovi ed il ricorso ad un linguaggio non puramente descrittivo, ma assiologico in senso lato”.

⁵⁴⁹ Al respecto, consultar a TROCKER. *Proceso civile*, cit., p. 611: “Non possiamo tollerare che il progresso tecnico venga realizzato al caro prezzo della perdita della serenità dei rapporti umani e del libero sviluppo della personalità”. DAVID SUZUKI y PETER KNUDTSON. *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, traducción de JOSÉ MARTÍN y MAGDA VICEDO, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 126-141. DIANA RAMÍREZ y JOSÉ JIMENEZ. Investigación “El cuerpo humano como evidencia probatoria”, informe final, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 2005.

⁵⁵⁰ Al respecto: BERNAL. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 93-110; GARCÍA. *El juicio de la ponderación*, cit., pp. 119-163.

⁵⁵¹ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 591: “Non vale obiettare che –l’illecito dell’”autorità é certamente molto più grave e socialmente più pericoloso di quello del singolo individuo”.

especialmente el debido proceso.

En este sentido, define la Corte Constitucional que una de las más graves violaciones al debido proceso “consiste en que el fallador profiera sus providencias, sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia”⁵⁵².

Esta falta de sustento probatorio en la sentencia constituye una violación al principio de necesidad de la prueba. Se impide con ello a las partes aportar al criterio del fallador y a su conocimiento y se rompe la “garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho”⁵⁵³.

“La búsqueda razonable de la verdad como fin consustancial al proceso judicial se realiza a través del sistema probatorio que como parte integrante del régimen procesal, debe estar asistido por los criterios rectores que la Constitución demarca en la concepción del debido proceso”⁵⁵⁴.

Para la Corte Constitucional, es responsabilidad del juez, como director del proceso, garantizar el derecho de defensa de las partes, evaluando la utilidad, pertinencia y conducencia⁵⁵⁵ de las pruebas legítimamente aportadas al proceso. Esta protección conlleva el respeto a los principios generales de contradicción y publicidad de la prueba, “y en este sentido, debe sujetarse a las exigencias consagradas en el procedimiento para cada una de las pruebas que se pidan”⁵⁵⁶.

En cuanto al principio de contradicción, la Corte señala que éste tiene dos perspectivas: la parte puede oponerse a la prueba que se ha entregado en su contra con nueva prueba; “desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso”⁵⁵⁷.

El principio de contradicción también tiene una perspectiva material, que se “refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador, y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”⁵⁵⁸.

En virtud de esta perspectiva bilateral, la Corte asume que el debido proceso es el principio “rector” de la contradicción. “Una variante del derecho de defensa, y un desarrollo del principio de igualdad que indiscutiblemente orienta el proceso civil de partes”⁵⁵⁹.

Es así como se deben respetar los requisitos exigidos para decretar y practicar cada prueba en particular. En este sentido, tanto el juez como las partes, además de las garantías constitucionales de necesidad, contradicción y defensa, deben respetar “el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas [...] en el Código de procedimiento civil que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas y no supletivas, es decir,

⁵⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-504/98 del 10 de septiembre de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA. En el mismo sentido, Sentencia C-202/05 del 8 de marzo de 2005, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, y Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁵³ ÍD. Sentencia T-504/98 del 10 de septiembre de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁵⁵⁴ ÍD. Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁵⁵⁵ ÍD. Sentencia T-954/04 del 7 de octubre de 2004, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁵⁶ ÍD. Sentencia T-504/98 del 10 de septiembre de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁵⁵⁷ ÍD. Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁵⁸ Ídem.

⁵⁵⁹ ÍD. Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento por el juez y las partes”⁵⁶⁰.

Este particular modo de ordenar, pedir y practicar la prueba fundamenta a su vez el principio de autorresponsabilidad o carga de la prueba. Por ello, para la Corte “la constitucionalidad de las cargas procesales, en particular la carga de la prueba, depende del respeto de los contenidos mínimos del derecho fundamental al debido proceso y de la racionalidad de las exigencias hechas a cada una de las partes dependiendo de los fines buscados por el legislador al establecer las formas propias de cada juicio”⁵⁶¹.

Las cargas probatorias no son para la Corte Constitucional causal de ruptura al principio de igualdad de parte, todo lo contrario, en tanto sean ordenadas por “el legislador dentro de la libertad política de que dispone [...] en forma equitativa, racional y proporcional”⁵⁶².

Así, entonces, para la Corte las reglas procesales sobre distribución de cargas probatorias “aseguran el debido proceso, el adecuado acceso a la justicia, la buena fe en las actuaciones procesales y la celeridad y eficacia de los procesos”⁵⁶³.

Este conjunto de principios definitorios del debido proceso probatorio lleva a la Corte a reconocerle al proceso una finalidad filosófico-jurídica, con miras a garantizar la pacífica convivencia entre los asociados.

Para asegurar la máxima eficacia en las finalidades del proceso, entre las cuales se encuentra “la búsqueda razonable de la verdad”⁵⁶⁴, se tiene el principio de publicidad, mediante el cual la Corte reconoce que se protege “la garantía democrática de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio”⁵⁶⁵.

De ahí que el principio de publicidad se relacione directamente con el principio de legalidad, que comprende a la vez las formas propias de cada juicio, como competencia del legislador, quien está facultado para establecerlas⁵⁶⁶.

Sin embargo, la Corte recuerda que el juez es director del proceso, con poderes materiales para aceptar prueba no relacionada por el legislador, esto en beneficio de la libertad probatoria⁵⁶⁷, y para realizar modificaciones pertinentes a los mandatos de ley. Todo lo cual adquiere legitimidad en el principio de publicidad.

En este sentido, el principio de publicidad también presenta dos dimensiones fundamentales:

De una parte, involucra un interés de la colectividad en ejercer un control público sobre las formas como se administra justicia, y de otra, habilita una serie de garantías para que los sujetos procesales y los terceros intervinientes se manifiesten dentro del proceso. Esta última dimensión se presenta en clara imbricación con el derecho de defensa⁵⁶⁸.

⁵⁶⁰ ÍD. Sentencia T-504/98 del 10 de septiembre de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁵⁶¹ ÍD. Sentencia C-070/93 del 25 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁵⁶² ÍD. Sentencia C-056/98 del 4 de marzo de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁵⁶³ ÍD. Sentencia C-056/98 del 4 de marzo de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL. En el mismo sentido, las sentencias T-1012/99 del 10 de diciembre de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, y C-927/00 del 12 de julio de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁵⁶⁴ ÍD. Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁵⁶⁵ ÍD. Sentencia T-1012/99 del 10 de diciembre de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA. En el mismo sentido, la Sentencia T-461 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁵⁶⁶ En este sentido, Corte Constitucional. Sentencias C-927/00 del 12 de julio de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA; C-140/95 del 29 de marzo de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA; C-197/99 del 7 de abril de 1999, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL; y C-886/04 del 14 de septiembre de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁵⁶⁷ ÍD. Sentencia C-830/02 del 8 de octubre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

⁵⁶⁸ ÍD. Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

En materia de pruebas la vigencia del principio de publicidad (art. 228 C.P.) se proyecta en la proscripción de las pruebas ocultas para las partes. Tal prohibición resulta correlativa a tres imperativos básicos: la providencia que decreta u ordena las pruebas debe ser notificada; la prueba debe ser practicada con audiencia de las partes, particularmente de aquella contra la cual se postula, y éstas deben conocer el valor o poder de convicción que el juez le atribuye a cada prueba (motivación probatoria)⁵⁶⁹.

Haciendo un compendio general, la Corte define que los procesos deben respetar los siguientes derechos mínimos sobre la prueba:

i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y, vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.⁵⁷⁰

Por último, para regular legítimamente la valoración y apreciación de las pruebas, la Corte reconoce la importancia del “sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”⁵⁷¹. Este sistema es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del derecho, entre ellos el Código de Procedimiento Civil colombiano vigente, que dispone en su artículo 187:

[...] las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas.⁵⁷²

E. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el debido proceso probatorio

La Corte Suprema de Justicia, en reiteradas providencias, establece el respeto por el debido proceso, y entiende que las formas procesales contenidas en el Código de Procedimiento Civil están al servicio de este derecho fundamental⁵⁷³.

También acepta la Corte Suprema de Justicia que las normas procesales tienen existencia por sí, para garantizar la libre acción y la contradicción de las partes dentro de parámetros ciertos y precisos, con lo que da estabilidad y garantía a los derechos en aplicación del antiguo y universal principio consagrado en la Carta, de que nadie puede ser condenado sin haber sido vencido en juicio, ante autoridad competente y con la observancia de las formas propias de cada juicio,

⁵⁶⁹ Ídem.

⁵⁷⁰ ÍD. Sentencia C-1270/00 del 20 de septiembre de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL. En el mismo sentido, las sentencias T-954/04 del 7 de octubre de 2004, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, y C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁷¹ ÍD. Sentencia C-202/05 del 8 de marzo de 2005, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

⁵⁷² Ídem.

⁵⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-157/98 del 29 de noviembre de 1995, exp. 5297, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA; ÍD. Sentencia S-065/97 del 22 de octubre de 1997, exp. 4977, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

principio que se traduce en la denominada garantía ciudadana al debido proceso.

Con lo cual, para la Corte hacen parte integral del debido proceso los principios de contradicción, legalidad y derecho a la prueba. Una institución adscrita en forma directa al principio de legalidad corresponde a las nulidades procesales para la protección del derecho fundamental del debido proceso. Este y no otro es el fundamento del señalamiento taxativo de los vicios que constituyen nulidades procesales, que se ha definido como el principio de la “especificidad”. Ello con el objeto de mantener “una estructura procedimental y sustancial que deje a salvo caras garantías constitucionales, como lo son el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad, y la propia dignidad humana de los eventuales procesados”⁵⁷⁴.

Es parte integral de esta protección, la única nulidad que está por fuera de las causales taxativas del Código de Procedimiento Civil, es decir, la consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, la que por fuerza de esa disposición constitucional queda agregada a la lista de las contempladas en el citado artículo 140”⁵⁷⁵.

II. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA DISPOSITIVIDAD DE LA PRUEBA

Los sistemas de procesamiento cumplen una función relacionada con el Estado al cual se encuentran adscritos. Esta circunstancia propicia indefectiblemente que las normas que integran un sistema de procesamiento contengan las ideologías propias de la composición política.

Este es el caso de los sistemas denominados *dispositivos e inquisitivos*⁵⁷⁶ que tienen una estrecha relación ideológica con una fórmula de Estado.

Cuando se busca la génesis del sistema jurídico dispositivo o del sistema jurídico inquisitivo, la respuesta surge a partir de las concepciones políticas donde se desarrollaron. El sistema inquisitivo se vincula con estados arbitrarios y el dispositivo se relaciona con estados democráticos.

La concepción inquisitiva en la aplicación del derecho nace, posiblemente, a partir de los procedimientos de indagación que implementó en el siglo XII el imperio carolingio⁵⁷⁷; tras la caída de éste, el procedimiento inquisitivo es adoptado por la Iglesia mediante el derecho penal y se difunde por el mundo como “la Santa Inquisición”.

La característica tradicional más determinante del sistema inquisitivo es el monopolio que ejerce el Estado en la actividad judicial. El Estado produce y falla los procesos, y lo hace por intermedio de un juez activo, con amplias facultades para incidir en las necesidades de las partes y a la vez para lograr los fines perseguidos por el Estado.

El juez se reserva la facultad de indagar-investigar por su cuenta los hechos, sustento del conflicto, porque busca indefectiblemente establecer una “verdad real” satisfactoria para el Estado. Es, pues, el sistema inquisitivo, un sistema propio para concretar asuntos en los cuales el Estado tiene intereses creados.

La doctrina es bastante homogénea en advertir que las características más importantes del principio o sistema inquisitivo⁵⁷⁸ son:

⁵⁷⁴ ÍD. Sentencia S-014/00 del 18 de febrero de 2000, exp. 5179, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. En igual sentido, ÍD. Sentencia S-077/04 del 6 de agosto de 2004, exp. 11001-0203-000-2001-0190-01, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA; ÍD. Sentencia S-099/04 del 14 de septiembre de 2004, exp. 8088, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁵⁷⁵ ÍD. Auto A-010/2005 del 14 de enero de 2005, exp. 05001-31-03-014-2000-0259-01, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁵⁷⁶ CARNELUTTI. *Trattato del proceso civile*, cit., p. 94; COMOGGIO. *Riforma processuale*, cit., p. 57.

⁵⁷⁷ FOUCAULT. *La verdad y las formas*, cit., pp. 70-71 “[...] el derecho romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza. Fue así que en los reinos merovingios, sobre todo en la época del Imperio carolingio, el derecho romano se impuso al derecho germánico”.

⁵⁷⁸ ADOLFO ALVARADO. *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004, p. 38: “La descripción del sistema inquisitivo: *el propio

- La iniciación de los procesos corresponde de oficio al Estado, por intermedio del órgano judicial.
- El poder jurisdiccional solo excepcionalmente actúa por cuenta propia.
- El impulso del proceso y el fallo corresponde, igualmente, al Estado.
- El juez debe procurar todos los medios de prueba necesarios para acreditar la realidad absoluta o “material” de los hechos.

En contraposición se estudia el sistema o principio dispositivo, relacionado en el proceso civil con instituciones como demanda, impulsión, derecho controvertido y régimen probatorio, este último esencial a los fines que persigue el proceso.

En términos generales, la doctrina señala que las características del sistema dispositivo³⁹ son:

- Los procesos civiles deben iniciarse siempre a petición de parte (*nemo iudex sine actore*).
- El objeto del proceso lo determinan las partes (*quod non est in actis non est in mundo*).
- El impulso del proceso corresponde en forma prioritaria a las partes.
- El derecho controvertido es de exclusivo resorte de las partes, por tanto éstas tienen plena disposición para negociarlo, desistirlo, allanarse a las peticiones o esperar a que el juez lo asigne conforme a las reglas de ley (*res in iudicium deductae*).
- La prueba es exclusiva de las partes, quienes se encargan de la aportación, contradicción y discusión de ellas.
- El juez debe guardar absoluta congruencia en su decisión con los hechos alegados por las partes y las pruebas arrimadas al proceso por ellas, esto es con la pretensión jurídica (*ne eat iudex ultra –o extra– petita partium*).
- El juez no tiene poderes de oficio.

En la actualidad, se acepta con demasiada pasividad que en los sistemas tradicionalmente dispositivos se estén adoptando elementos cada vez más inquisitivos, esto debido a la creciente interacción del Estado social de derecho.

juez comienza, oficiosamente o por denuncia [...] *el mismo juez se encarga de investigar y buscar las pruebas [...] es quien ahora juzga”. ROJAS. *Teoría general*, cit., p. 302; ABAL. *Derecho procesal*, cit., p.121: “Cuando se adopta su opuesto, el llamado ‘principio inquisitivo’, dicha predominancia en tales tareas la tiene el tribunal”; QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 124; LÓPEZ. *Instituciones de derecho*, cit., p. 43: “Esta concepción del proceso, originaria de los procesos canónicos de la edad media [...] ha sido secularmente el principio opuesto al dispositivo y, en efecto, tiene bases diversas”; VÉSCOVI. *Teoría general*, cit., pp. 45-46; SCHÖNKE. *Derecho procesal*, cit., p. 31: “El principio dispositivo se contrapone al principio inquisitivo u oficial, que rige en el principio penal, según el cual, la reunión de los materiales del proceso es fundamentalmente misión del juez”; AZULA. *Manual de derecho*, cit., p. 68: “Este principio – opuesto al dispositivo– consiste en que el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino que adopta la calidad de activo, por cuanto está facultado para iniciarlo, fijar el tema de decisión y decretar las pruebas que considere necesarias para establecer los hechos”.

³⁹ Al respecto: PICÓ y ABEL. *Los poderes del juez*, cit., pp. 20 y 73: “El principio dispositivo significa que las partes disponen del objeto del proceso en el sentido de ejercitarlo y renunciarlo a voluntad”; MERCEDES FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006, p. 60. ALVARADO. *Debido proceso versus prueba de oficio*, cit., p. 105. CARNELUTTI. *Trattato del processo civile*, cit., p. 94: “Si parla a questo proposito, di un principio dispositivo in opposizione al principio inquisitorio, volendosi con ciò significare la dipendenza o la indipendenza della potestà giurisdizionale del giudice dalla domanda delle parti”. LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 12: “Dentro del principio dispositivo, por tanto, la dirección del proceso (su liderazgo primario, si se quiere) se le confiere al demandante. Por estas razones la tradición civilística ha dicho que el demandante es el *dominus litis* (señor del proceso)”. JOSÉ GÓMEZ. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994, pp. 42-44: “En términos muy generales el sistema dispositivo tradicional descansaba en los principios procesales siguientes: a) Derecho a la iniciativa de parte o demanda privada: le está absolutamente vedado emprender la actividad de oficio (*nemo iudex sine actore*) en consideración a los derechos privados y por ende disponibles que están en juego. b) Los hechos y las pruebas de incumbencia absoluta de las partes es el fundamento fáctico de las pretensiones. Al mismo tiempo, la decisión debe basarse única y exclusivamente en los medios de convicción aportados o practicados a instancia de las partes, habida cuenta de que el juez carece de poderes tanto para alterar el cuadro planteado por estas como para disponer oficiosamente la práctica de pruebas [...] *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partibus*. c) El impulso procesal. Se reservó a las partes activar el proceso en los sucesivos episodios [...] son imprescindibles las nociones de las partes que en esta forma consolidan el total dominio del proceso. d) La congruencia. El juzgador está irremediamente atado a la pretensión invocada por las partes [...] *thema decidendum* [...] incluye este principio la actividad típica del demandado toda vez que las excepciones también deben ser invocadas porque no le era dable al juzgador considerar oficiosamente defensas. El fundamento de esta limitación es el mismo de la disponibilidad porque el demandado perfectamente puede prescindir de alegar una defensa que a la postre equivale a una disposición. e) La disponibilidad del derecho material: las partes pueden desistir de las pretensiones, transigir la litis o el demandado allanarse [...] se suscita la terminación anormal y en el último se precipita la sentencia. f) Los recursos. Las decisiones únicamente pueden recurrirse por los interesados”.

Es ésta, por ejemplo, la posición de LÓPEZ BLANCO, quien afirma que por la creciente participación del Estado en la sociedad se produce “la resignificación del principio de autonomía de la voluntad, uno de los pilares más importantes del principio dispositivo [...] día a día el principio contrario al dispositivo, esto es, el inquisitivo [cobra] mayor importancia”⁵⁸⁰.

En el derecho contemporáneo, sin embargo, no parece muy defendible esta posición. Porque si es verdad que el sistema inquisitivo está directamente relacionado con los tribunales penales arbitrarios de la “Santa Inquisición”, pretender reacomodar algunas de sus instituciones parece un fenómeno de regresión en el tiempo y una suplantación de contexto.

Hoy el derecho está fuertemente comprometido con las garantías constitucionales y con los derechos fundamentales, principios positivados en las constituciones materiales de los estados modernos. Esta característica propicia una resignificación del tradicional concepto de dispositividad, sin que necesariamente tengamos que acudir a adoptar elementos inquisitivos.

Lo primero que se advierte al respecto es que en un Estado social de derecho es contraproducente nombrar alguna actividad judicial como inquisitiva. El sólo concepto causa repulsión en la sociedad, porque corresponde a un contexto histórico y social propio de los modelos autoritarios medievales.

“Inquisitivo” es un término que se adopta, en efecto, por los procedimientos medievales⁵⁸¹ –específicamente los penales–, cuando en el siglo XII se adopta la indagación⁵⁸² como un mecanismo bastante eficaz para obtener una “verdad real” que permitiera cobrar multas, hacer confiscaciones y, de paso, fortalecer el enriquecimiento del imperio y mantener para las clases dominantes estabilidad económica.

En aquel contexto, en el proceso penal surge un tercero extraño a los dueños del conflicto: empieza a hacer parte integral del mismo el emperador, como un sujeto “ofendido”⁵⁸³.

Por todo ello, un sistema inquisitivo no guarda ninguna relación con el proceso civil y menos con el Estado social de derecho, que vincula el poder y la sociedad por medio de principios como la legalidad y el debido proceso.

En un Estado social de derecho, los poderes-deberes que se le entregan al juez tienen una finalidad, nada compatible con fortalecer al emperador: propiciar el máximo respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

Una discusión similar puede formularse cuando se da una mirada histórica a los llamados sistemas dispositivos. En su formulación “tradicional”, el sistema o principio dispositivo –más pertinente *sistema*⁵⁸⁴– proviene de las tradiciones procesales heredadas de Alemania e Italia⁵⁸⁵. Era un

⁵⁸⁰ LÓPEZ. *Instituciones de derecho procesal*, cit., pp. 27-31.

⁵⁸¹ FOUCAULT. *La verdad y las formas*, cit., p. 78: “Una justicia que no es más pleito entre individuos y libre aceptación por estos individuos de ciertas reglas de liquidación sino que, por el contrario, se impondrá a individuos, oponentes, partidos. Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político”.

⁵⁸² Ibíd., p. 82: “Se optó por utilizar un segundo modelo extrajudicial que, a su vez, se subdivide en dos; mejor dicho, que en esa época tenía una doble existencia, una doble inserción. Se trataba del modelo de la indagación [...] del imperio carolingio [...] procedimiento perfectamente ritualizado y regular: la *inquisitio*, la indagación”.

⁵⁸³ Ibíd., p. 80: “Aparece una figura totalmente nueva [...] en el derecho romano: el procurador [...] representante del soberano, del rey [...] El procurador doblará a la víctima [...] vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima [...] permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales”.

⁵⁸⁴ BLANCO. *Sistema dispositivo*, cit., p. 35: “Sistema: conjunto de principios procesales (o enunciados normativos), agrupados por las conexiones de sus contenidos hasta constituir un todo organizado, conformante de conceptos o esquemas generales de gran utilidad teórica y práctica”. COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 57: “Sono ampiamente note le considerevoli divergenti che esistono tra i sistemi giudiziari basati sui metodi ‘antagonistici’ o dispositivi di risoluzione delle liti ed i sistemi ispirati all’opposto metodo della ricerca ‘inquisitoria’ della verità”.

⁵⁸⁵ BLANCO. *Sistema dispositivo*, cit., p. 45: “[...] tuvieron gran influencia los conceptos de acción y de la jurisdicción [...] de riguroso derecho privado [...] la acción era considerada apéndice del derecho [...] la jurisdicción ya fue tardío su reconocimiento como función pública

sistema correspondiente con la ideología del Estado liberal de derecho⁸⁶, y su principio estructural era la “autonomía de la voluntad”.

En el derecho contemporáneo, adoptar las características tradicionales del sistema dispositivo genera choques insolubles.

Uno de esos choques paradigmáticos se presenta cuando se estudia la sub-regla de aportación de parte, que hoy se entiende totalmente diferenciable del sistema dispositivo. La regla de aportación de parte⁸⁷ determina unas corresponsabilidades en la producción de las pruebas y del material fáctico, entre las partes y el juez.

El derecho contemporáneo no subsume la regla de aportación de parte en el sistema dispositivo, éste corresponde al género y se caracteriza por una mayor amplitud en la congruencia de la decisión con la pretensión y en el inicio y la terminación del proceso por voluntad de parte.

De esta forma, puede sostenerse que en el derecho contemporáneo la reelaboración por vía de interpretación del principio dispositivo parte de las normas constitucionales⁸⁸ para rediseñar un equilibrio en las relaciones del juez y las partes con respecto a responsabilidades y deberes.

Con estos elementos se establecen múltiples fórmulas donde se busca prioritariamente la efectividad, eficiencia y eficacia del modelo jurídico. Una perspectiva para el sistema de procesamiento del *civil law* se estudia por la doctrina desde un sistema mixto, algo similar a las propuestas del “*case management*”⁸⁹ para el derecho anglosajón.

Este sistema mixto, según COMOGLIO⁹⁰, contiene los siguientes elementos en el proceso civil:

- Los crecientes poderes del juez en la dirección del procedimiento y en la asunción de la prueba de oficio son contrabalanceados desde las partes, con la presencia de verdaderos y propios deberes de mutua colaboración para encontrar la verdad de los hechos.
- El rol activo del juez, para estimular y asistir a los litigantes en dificultad, no puede jamás comprometer el deber de imparcialidad y equidistancia.
- El rol activo del juez no puede sustituir la iniciativa de las partes, en la determinación del objeto del proceso, en la precisión de la forma de tutela requerida con la demanda, o en los hechos relevantes para la decisión.
- Tampoco el juez puede decirse jamás autorizado de algún modo a relevar a la parte negligente, de la carga probatoria.

proveniente de la soberanía estatal”.

⁸⁶ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 57: “La supremacía del principio dispositivo nace en la ideología liberal. Se percibe el proceso civil como un instrumento que el Estado pone a disposición de los particulares para solucionar contiendas de índole privado [...], por el derecho a la propiedad privada reconocida”. BLANCO. *El sistema dispositivo*, cit., p. 23 y p. 44: “Esta concepción en gran medida fue determinada por las corrientes políticas prevalecientes [...] desbordante individualismo del Estado gendarme”.

⁸⁷ Al respecto: FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 61: “El principio de aportación encuentra aplicación muy concreta: aportación del material fáctico y de las pruebas art. 216. las partes incluyen hechos y pruebas en el proceso”; PICÓ. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 209–212: “La doctrina Alemana resuelve ese estado de confusión limitando el dispositivo al dominio de los litigantes del interés privado y el de aportación de partes a la introducción y prueba de los hechos en el proceso. Esta división está acogida luego por Italia y España”; PICÓ y ABEL. *Los poderes del juez*, cit., p. 21: “Principio de aportación de parte es la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión”.

⁸⁸ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 390: “Anzi, proprio [...] la garanzia costituzionale in esame, intesa come inserimento attivo degli ‘interessati’ nello svolgimento delle operazioni processuali, esplica un’importante funzione ‘correttiva’. Da un lato essa supera i presupposti della ‘neutralità’ o ‘dell’equidistanza del giudice’, e dell’eguaglianza formale delle parti, dall’altro essa assicura il rispetto di quelle esigenze di ‘lealtà e correttezza del gioco’ che rappresentano una condizione essenziale per la realizzazione di una effettiva dialettica processuale”.

⁸⁹ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 66.

⁹⁰ COMOGLIO. *Riforma*, cit., p. 57.

– El juez debe estimular a las partes en las alegaciones de los hechos, en las deducciones de la prueba y en el tratamiento de la controversia.

– El juez puede solamente integrar la prueba producida o deducida por las partes, con otras pruebas de las que él pueda valerse de oficio, en el contexto de una búsqueda imparcial de la verdad de los hechos controvertidos.

– El juez puede valerse de la prueba de oficio cada vez que lo requiera por objetiva dificultad, más no por negligencia de parte.

Si se admite que esta integración que presenta COMOGLIO como un sistema mixto es correspondiente con el modelo que se utiliza actualmente en el Estado social de derecho, de ninguna manera se puede seguir sosteniendo que tenemos un sistema dispositivo con mayor tendencia al inquisitivo. Esta es una contradicción no sólo lingüística, sino además histórica e ideológica irreconciliable.

En las legislaciones modernas, la relación entre los poderes de instrucción o materiales que tiene el juez y las garantías constitucionales que tienen las partes se llama proceso dialógico o sistema fundado en dialéctica. Atrás quedaron el sistema dispositivo tradicional y el sistema inquisitivo medieval.

A. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el principio dispositivo

La Corte Constitucional ha sustentado la evolución del concepto del sistema dispositivo para redimensionarlo como un verdadero sistema de garantías.

En una sentencia donde se discute la constitucionalidad de la perención en el proceso civil, la Corte afirma que esta es una sanción propia del sistema dispositivo, que permite dar por terminado el proceso, por la inactividad de las partes. Pero este sistema no es aplicable a los poderes-deberes del juez, que son producto de una función pública estatal. En este sentido, la Corte afirma que “solamente cuando la paralización del proceso se debe a la exclusiva negligencia o aquietamiento de las partes y no al incumplimiento de los deberes de impulso procesal de oficio atribuidos al órgano judicial, procede decretar la perención del proceso”⁵⁹¹. No obstante, la Ley 794 de 2006, con una fundamentación basada en la efectividad de los procesos ejecutivos, derogó los artículos 346 y 347 del Código de Procedimiento Civil que contenían la perención.

Al hacer una ponderación entre el principio constitucional de no autoincriminación y las sanciones impuestas por la ley por falta de contestación de la demanda, la Corte establece que no se requiere la protección, porque no se da tal violación ya que “el requerido podrá abstenerse de suministrar información que lo auto incrimine”⁵⁹².

En esta evolución la Corte ha sustentado las finalidades públicas del proceso civil colombiano, que “busca la verdad real y la realización de la justicia. Es decir, que no obstante que existan asuntos que corresponden al ámbito particular de las partes [...] realiza el concepto de que ‘las normas procesales son de orden público’”⁵⁹³.

⁵⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA; y Sentencia C-1104/01 del 24 de octubre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁵⁹² ÍD. Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA. En el mismo sentido y sobre la no autoincriminación reglada, ver ÍD. Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, y Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁹³ ÍD. Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, y Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M.

Las finalidades públicas del proceso priman, cuando la actividad procedimental o probatoria pone en riesgo los derechos fundamentales de sujetos considerados por la Constitución como vulnerables, como en el caso de los “menores”⁵⁹⁴. En un proceso, los derechos de los niños están primero que los derechos de los demás.

Por ello, cuando se pondera sobre derechos de sujetos vulnerables, entre las instituciones dispositivas del proceso y los poderes de oficio que se le asignan al juez, “debe concederse prevalencia a este último cuando el juez, a través de sus atribuciones legales, puede intervenir efectivamente para garantizar los intereses de la familia y, en el evento de estar ésta destruida, proteger integralmente la vida y el desarrollo futuro del menor”⁵⁹⁵.

De la necesidad de sustentar ponderaciones adecuadas, la Corte deriva la importancia de diferenciar los conceptos de cargas, obligaciones y deberes procesales. Todo ello confluye en una nueva y mejor interpretación del principio dispositivo.

Las obligaciones, deberes o cargas son impuestos al juez, a las partes y aun a terceros que eventualmente intervengan en la relación jurídica procesal. Son deberes, aquellas obligaciones éticas y legales, establecidas por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al juez (art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 C. de P. C. y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6 del Código⁵⁹⁶.

La misma sentencia entiende que las obligaciones son “aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas”, y por último determina que cargas procesales son “aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso”.

Son parte de las cargas procesales los actos para la impulsión del proceso a instancia de parte. Pero estos actos de impulsión tienen otro sentido, una resignificación: según la Corte “cada uno de los sujetos procesales debe cumplir con las actuaciones procesales a su cargo y vigilar en forma continua el trámite del proceso en constante colaboración con el juez en su función de administrar justicia, quien una vez iniciado debe impulsar su marcha sin necesidad de que las partes lo insten a hacerlo”⁵⁹⁷.

De esta forma, el impulso de los procesos a cargo de la administración de justicia debe ser pronto y con observancia de las formas propias de cada juicio. Además, el impulso contempla el respeto a los principios de economía, oportunidad, imparcialidad, celeridad y lealtad procesal en aras de la igualdad entre las personas.

En la misma sentencia, la Corte precisa que “las cargas procesales se fundamentan en el deber constitucional de colaboración con los órganos jurisdiccionales” (art. 95-7 C. P.), lo cual “en el plano procesal se proyecta en la obligación de la parte demandante (principio dispositivo) de coadyuvar

P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁹⁴ ÍD. Sentencia T-531/92 de septiembre 23 de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁵⁹⁵ Ídem.

⁵⁹⁶ ÍD. Sentencia C-1104/01 del 24 de octubre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁵⁹⁷ Ídem.

e interesarse por la marcha del proceso en el que pretende la defensa de sus derechos e intereses legítimos, so pena de correr con las consecuencias legales adversas que se derivan de su inactividad”.

Lo anterior quiere decir la resignificación del sistema dispositivo mediante las garantías constitucionales.

B. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el principio dispositivo

La Corte Suprema de Justicia reconoce que “en el derecho procesal civil prima el principio dispositivo, según el cual la actividad del juzgador al decidir un litigio se encuentra delimitada por el *thema decidendum* trazado por las partes al formular las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por el demandado”⁵⁹⁸.

De ahí que el recurso extraordinario de casación también se considere un recurso que responde estrictamente a las reglas del sistema dispositivo. De hecho, afirma que “no le es permitido a la Corte tomar la iniciativa y determinar motu proprio la norma sustancial supuestamente quebranta-da por el fallo atacado [...] escoger discrecionalmente una u otra clase de error, y mucho menos [...] entrar en el estudio de ambos en forma simultánea”⁵⁹⁹.

En el mismo sentido se entiende que la demanda, que contiene la pretensión, es la que determina el litigio. Pero acepta la Corte una interpretación más amplia del sistema dispositivo cuando reconoce que si la pretensión es “ambigua, oscura o dudosa, el juez con el fin de hacer eficaz la jurisdicción, debe interpretarla desentrañando la realidad de sus hechos y pretensiones, para así por contera no sacrificar el derecho sustancial”⁶⁰⁰.

Sin embargo, aunque la Corte reconoce unas facultades interpretativas oficiosas del juez en el litigio oscuro y burdo, dispone que se respete “en todo caso el principio dispositivo con el fin de no caer en la incongruencia por la suposición de hechos o pretensiones”⁶⁰¹.

Esta posición de respeto al sistema dispositivo se hace más evidente en los casos en que se adopta el arbitraje “como mecanismo para la solución de un conflicto, de mutuo acuerdo y a través de la creación de una cláusula compromisoria”⁶⁰². Por otra parte pueden las partes mediante un nuevo convenio, en cualquier momento, “abandonar el acuerdo de arbitraje y someter sus diferencias a la decisión de los jueces ordinarios”⁶⁰³.

Cuando de pruebas se trata, la Corte es clara en asumir y mantener una posición de nueva interpretación frente al tradicional sistema dispositivo. La facultad de aducir pruebas ya no es

⁵⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-101/95 del 28 de agosto de 1995, exp. 4127, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia S-147/04 del 1.º de octubre de 2004, exp. 7560, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁵⁹⁹ ÍD. Sentencia S-097/95 del 22 de agosto de 1995, exp. 4543, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia S-023/97 del 20 de junio de 1997, exp. 4729, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA. ÍD. Sentencias S-002/97 del 10 de marzo de 1997, exp. 4331, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES; S-085/98 del 29 de septiembre de 1998, exp. 5191, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA; S-027/99 del 27 de julio de 1999, exp. 5189, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO; S-110/02 del 6 de junio de 2002, exp. 6883, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS; S-189/02 del 30 de septiembre de 2002, exp. 7572, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO; S-101/03 del 22 de septiembre de 2003, exp. 7877, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO; SC-070/06 del 6 de junio de 2006, exp. 1100131030101998-17323-01, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

⁶⁰⁰ ÍD. Sentencia S-051/96 del 30 de julio de 1996, exp. 4514, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

⁶⁰¹ ÍD. Sentencia S-051/96 del 30 de julio de 1996, exp. 4514, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. En el mismo sentido puede consultarse ÍD. Sentencia S-063/96 del 12 de septiembre de 1996, exp. 5739, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, y Sentencia S-013/96 del 29 de febrero de 1996, exp. 3626, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

⁶⁰² ÍD. Sentencia S-022/97 del 17 de junio de 1997, exp. 4781, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

⁶⁰³ Ídem.

exclusiva de las partes, “el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino por uno público, de abolengo superior, cual es el de la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno”⁶⁰⁴.

Y por último, es el mismo respeto al sistema dispositivo, según la Corte, lo que determina la congruencia que consagra el artículo 305⁶⁰⁵ del Código de Procedimiento Civil. Es por los extremos de la *litis*, contenidos en la pretensión y la excepción, por lo que “la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda [...] y en las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”⁶⁰⁶.

Reitera la corporación que son las partes quienes trazan el marco dentro del que se han de desenvolver las instancias del proceso y, por consiguiente, son las mismas partes las que delimitan la actividad del juez al momento de dictar sentencia. Si el juez rebasa “los límites impuestos en la demanda o en su contestación, se configura un vicio de actividad o error in procedendo para cuya rectificación se ha erigido en la causal segunda de casación contemplada en el artículo 368⁶⁰⁷ del Código de procedimiento civil”⁶⁰⁸.

Por esto, la labor de la Corte para determinar si hay congruencia entre lo pedido y lo fallado consiste en “comparar la demanda y la sentencia para, de ese modo, averiguar si en verdad ella contiene decisión sobre cada una de las pretensiones deducidas en la primera”⁶⁰⁹. En oportunidades, para determinar si hay incongruencia por exceso o por defecto, “se hace necesario parangonar la demanda con la parte considerativa de la sentencia, comoquiera que es posible que en esta se halle el verdadero alcance y sentido de las decisiones, o, incluso, que allí aparezcan consignadas determinaciones, así no se inserten luego en la parte resolutive”⁶¹⁰.

Pero, además, afirma la Corte, en esta labor de congruencia no es el mismo razonamiento de la pretensión el que se aplica a la pretensión y a la excepción, porque en su delimitación el principio dispositivo es restringido. De tal forma que en la excepción, “por el contrario, la regla general

⁶⁰⁴ ÍD. Sentencia S-012/98 del 4 de marzo de 1998, exp. 4921, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

⁶⁰⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 305: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 135. *Congruencia*. “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

⁶⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-002/97 del 10 de marzo de 1997, exp. 4331, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia SC-157/05 del 6 de julio de 2005, exp. 00791-01, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

⁶⁰⁷ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 368: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 183. *Causales*. “Son causales de casación: 1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial. La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba. 2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio. 3. Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias. 4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357. 5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado”.

⁶⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-002/97 del 10 de marzo de 1997, exp. 4331, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. En el mismo sentido, ÍD. Sentencias S-147/04 del 1.º de octubre de 2004, exp. 7560, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; SC-080/05 del 6 de mayo de 2005, exp. 6503-01, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

⁶⁰⁹ ÍD. Sentencia S-002/97 del 10 de marzo de 1997, exp. 4331, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

⁶¹⁰ Ídem.

supone, incluso como deber, una labor inquisitiva del juez que apunte a definir rectamente el derecho, siendo claro que en lo que atañe con la prescripción, la nulidad relativa y la compensación, se explica el precepto que impone al demandado aducirlas porque bien puede éste renunciar a la primera no proponiéndola, o de igual modo sanear la segunda, o desentenderse de la tercera que en estricto sentido no le genera un genuino agravio pasar indiferente”⁶¹¹.

De esta manera la Corte introduce también una modulación al tradicional sistema dispositivo con la reinterpretación que hace de algunas de sus estructuras.

III. EL PRINCIPIO PROBATORIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y LA TEORÍA DE LA CONFIRMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

El principio de autorresponsabilidad o principio de carga de la prueba tiene su génesis en el sistema dispositivo, a partir de las tendencias que surgen a finales del siglo XIX con la Revolución francesa.

En el derecho colombiano, la institución de la carga de la prueba o autorresponsabilidad se consagra a partir de dos normas: el artículo 1757⁶¹² del Código Civil, que afirma que “incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta”, y el artículo 177⁶¹³ del Código de Procedimiento Civil, que indica que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Una precisión útil para los objetivos de este trabajo es que el principio de autorresponsabilidad contiene el desarrollo de la regla de aportación de la prueba, que es comúnmente denominado “carga de la prueba”. A partir de estas dos estructuras, se tejen los elementos conceptuales para una teoría de la confirmación procesal.

La teoría de la confirmación procesal estudia la estrecha relación que existe entre los hechos y la prueba, y aproxima una delimitación del *thema decidendum* en relación con las responsabilidades que surgen para cada uno de los sujetos procesales⁶¹⁴. Es por ello por lo que para ilustrar este tema se abordan en un análisis holístico: el principio de autorresponsabilidad, la pretensión jurídica y la carga de la prueba.

A. La confirmación procesal y la pretensión jurídica

Como lo expone GUASP, “el derecho se acerca a la sociología siempre de la misma manera; toma de ella los problemas cuya solución postula la comunidad, establece un esquema de instituciones artificiales en las que trata de reflejar o sustituir las estructuras y funciones puramente sociales del fenómeno, y, una vez realizada esta labor de alquimia, se despreocupa íntegramente de aquella

⁶¹¹ ÍD. Sentencia SC-157/05 del 6 de julio de 2005, exp.00791-01, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

⁶¹² Código Civil colombiano, art. 1757: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

⁶¹³ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 177: *Carga de la prueba*. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

⁶¹⁴ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 250: “Los hechos teniendo el carácter de fundamentales, no son alegados por las partes, no pueden ser objeto de discusión en el proceso ni pueden ser tenidos en cuenta por el juez en su sentencia aunque tenga conocimiento privado de los mismos. Por su parte los hechos alegados pero no probados, no pueden servir de base o fundamento a la sentencia, ni siquiera puede apreciar unos y otros a través de las diligencias para mejor proveer (fueron cambiadas por las diligencias finales en la reforma). El juez no acude a ella para desestimar en la fase probatoria, cuál de las partes ha de probar un hecho, sino para determinar en la sentencia cuál debió probar el hecho que no aparece probado, porque esa parte sufrirá las consecuencias de la falta de prueba”

materia social para operar sólo con las nuevas formas creadas”⁶¹⁵.

Esto es lo que el derecho hace con el conflicto social⁶¹⁶: convertirlo en unos hechos con fuerza o representatividad jurídica. Es la forma de crear un espacio de “diálogo técnico” entre sujetos, donde se establezcan unos límites mínimos para la discusión por los derechos. A partir de ahí, algunos ordenamientos jurídicos –muchos en América Latina–, entre ellos el colombiano, adoptan la “pretensión procesal a cuya atención se dedica toda una institución jurídica básica: la del proceso”⁶¹⁷.

En la pretensión jurídica se pueden encontrar algunos beneficios, entre ellos: permite ordenar la discusión en el proceso, establece unas “reglas de cierre” a la discusión por los derechos, aporta a la igualdad material de las partes al señalar los mismos parámetros de discusión para todos, y fortalece el principio democrático en el proceso.

La pretensión jurídica está al servicio de la corrección en el proceso, sienta las bases para la aplicación del principio de legalidad y crea un espacio adecuado para el pleno desarrollo del principio de publicidad. Debe estudiarse, por tanto, como una herramienta al servicio de la función jurisdiccional.

La pretensión se elabora a partir de unos hechos, o causa fáctica, que dan cuenta de la situación conflictiva. Los hechos no constituyen una “realidad tangible”, no son susceptibles de comprobación, por ello parece más ajustado hablar de afirmaciones, representaciones o juicios⁶¹⁸.

De esta manera se llega al consenso de que los hechos como realidad no existen, una afirmación que se explica desde GUASP, cuando sostiene la intangibilidad de la acción, y dice: “Es una mutación de realidad o modificación de un cierto existir, que cuando se contempla inmediatamente, se agota, en efecto, en un instante de tiempo determinado y no puede aspirar a fundamentar una consideración total de una realidad que alcance momentos temporales más amplios”⁶¹⁹.

Los hechos son una elaboración lingüística, son afirmaciones o negaciones, argumentos con pretensión de “veracidad” o de existencia, en algún momento temporo-espacial, que generalmente se contextualiza por fuera del presente. Los hechos son elaboraciones de las partes o mejor de sus apoderados, hablando del proceso civil.

La pretensión sirve a la formulación lingüística técnica de los hechos. Es una herramienta para la transformación del hecho social, cargado generalmente de sentimientos, percepciones y deseos representados. La pretensión permite a la parte transformar una historia en un caso de interés para el juez.

Los medios de prueba tienen una estrecha relación con los hechos. Será mediante la prueba como el juez obtenga la confirmación del hecho con fuerza jurídica. Por ello es trascendental, para el éxito de la pretensión, una correcta enunciación de los medios de conocimiento, directamente relacionados con el “*factum*” y las representaciones. Aquí confluyen por lo menos dos principios procesales con fuerza constitucional: la defensa y la contradicción.

En relación inescindible con los hechos y la prueba, aparece el ordenamiento jurídico. Por ello también se entiende la pretensión como “la institución que permite concretar el derecho sustancial”⁶²⁰.

⁶¹⁵ GUASP. *La pretensión procesal*, Madrid, Civitas, 1981, p. 42.

⁶¹⁶ *Ibíd.*, pp. 39-40: “Las quejas humanas pueden derivar, efectivamente, en verdaderos conflictos intersubjetivos cuando la actitud del que se queja es intentar su propia satisfacción directamente y alguien se le opone [...] al hombre hay que atenderlo, en una mínima medida, por su reclamación [...] si ha reclamado ha obligado ya a un mecanismo de atención social”.

⁶¹⁷ *Ibíd.*, p. 43.

⁶¹⁸ CARNELUTTI. *Trattato del processo civile*, cit., p.127.

⁶¹⁹ GUASP. *La pretensión procesal*, cit., p. 65.

⁶²⁰ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 45.

En el componente normativo o causa jurídica, aparece el derecho como un sistema complejo. Desde la pretensión, las partes proponen al juez una “fórmula” jurídica para la solución del caso, lo cual, si bien no lo obliga, sí le sirve para decidir con mayores elementos democráticos.

Las correlaciones que se gestan en el proceso entre los hechos, la prueba y el derecho se estudian como la teoría de la confirmación. Y son estas mismas relaciones inescindibles las que sirven de fundamento para elaborar las peticiones, también llamadas “objeto de la pretensión”.

En tal sentido, el objeto de la pretensión contiene las peticiones que la parte actora reclama a su contraparte, mediante la función jurisdiccional. Las partes solicitan una manifestación, una expresión de la jurisdicción como poder adscrito al Estado, pero también buscan –y generalmente es lo prioritario para ellas– el restablecimiento tangible de sus derechos.

En medio de esta estructura, aparecen los sujetos vinculados. El sistema dispositivo tradicional sólo vincula las partes como sujetos activo y pasivo, titulares del derecho que se discute. Pero un sector de la doctrina también reconoce al juez la calidad de sujeto destinatario⁶²¹ de la pretensión.

En el derecho contemporáneo, el vínculo del juez en la estructura de la pretensión está directamente relacionado con los poderes materiales. El juez tiene a su cargo la dirección, el estudio y el desarrollo del litigio, expuesto en la pretensión. Esta estructura múltiple aporta a la dialéctica necesaria para todo proceso debido.

De esta forma, en la teoría de la confirmación se evidencian limitantes al juez, en el conocimiento de los hechos; quiere ello decir que las partes formulan y precisan el material fáctico, y que sobre esta formulación no puede incidir activamente el juez.

Pero en las diversas correlaciones que se gestan entre los hechos, la prueba y el derecho, el juez tiene un rango de dirección donde hace uso de los poderes de oficio que le da la ley para maximizar los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

El Código de Procedimiento Civil colombiano adopta la pretensión desde varias normas. Respecto del contenido de la demanda⁶²², ordena que la parte actora exprese “los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados [...] Los fundamentos de derecho que se invoquen”. Igualmente contempla la inadmisión porque “la acumulación de pretensiones en ella contenida, no reúna los requisitos”⁶²³.

⁶²¹ GUASP. *La pretensión procesal*, cit., p. 70: “El ordenamiento jurídico añade a esta primera dualidad de sujetos la necesaria presencia de un tercero: el destinatario de la pretensión, pues, con objeto de obviar las soluciones, impracticables racionalmente, que surgirían de satisfacer la pretensión la persona que la formula o la persona frente a la que se formula, el derecho establece la presencia de un tercero supraordenado a las partes al que confiere específicamente el encargo de recibir las pretensiones de otros sujetos y de proceder a su satisfacción”.

⁶²² Código de Procedimiento Civil, art. 75: *Contenido de la demanda*. “La demanda con que se promueva todo proceso deberá contener: 1. La designación del juez a quien se dirija. 2. El nombre, edad y domicilio del demandante y del demandado; a falta de domicilio se expresará la residencia, y si se ignora la del demandado, se indicará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de la demanda. 3. El nombre y domicilio o, a falta de éste, la residencia de los representantes o apoderados de las partes, si no pueden comparecer o no comparecen por sí mismas. En caso de que se ignoren se expresará tal circunstancia en la forma indicada en el numeral anterior. 4. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso. 5. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82. 6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 7. Los fundamentos de derecho que se invoquen. 8. La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite. 9. La indicación de la clase de proceso que corresponde a la demanda. 10. La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer. 11. La dirección de la oficina o habitación donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones personales, y donde han de hacerse al demandado o a su representante mientras éstos no indiquen otro, o la afirmación de que se ignoran, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la demanda. 12. Los demás requisitos que el código exija para el caso”.

⁶²³ *Ibíd.*, art. 85: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 37. *Inadmisibilidad y rechazo de plano de la demanda*. “El juez declarará inadmisibile la demanda: 1. Cuando no reúna los requisitos formales. 2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley. 3. Cuando la acumulación de pretensiones en ella contenida, no reúna los requisitos exigidos por los tres numerales del primer inciso del artículo 82. 4. Cuando no se hubiere presentado en legal forma. 5. Cuando el poder conferido no sea suficiente. 6. En asuntos en que el derecho de postulación procesal esté reservado por la ley a abogados, cuando el actor que no tenga esta calidad presente la demanda por sí mismo o por conducto de apoderado general o representante que tampoco la tenga. 7. Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante”.

La norma que da cuenta, de forma detallada, de los elementos estructurales de la pretensión, es la norma sobre la carga de la prueba⁶²⁴; ésta puede explicarse desde el siguiente cuadro:

<p>Estructura de la pretensión</p> <p>(Vista desde el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano)</p>	<p>“Incumbe a las partes”</p> <p>Los sujetos</p>	Receptor–director	El juez	El juez: admite, vigila y decide la pretensión
		Partes	Activo-pretensor Pasivo-resistente	Parte que exige y a quien se exige el derecho
	<p>“Probar el supuesto de hecho de las normas”</p> <p>La causa</p>	Hechos o <i>factum</i>	Hecho social transmutado en hecho representativo o con fuerza jurídica	El caso, expuesto a través de los hechos lógicamente relacionados
		El derecho o componente jurídico	Ordenamiento jurídico como sistema complejo	Hipótesis jurídicas para la solución del caso fundadas sobre el ordenamiento jurídico legítimo y aplicable
	<p>“Que consagran el efecto jurídico que ellas persigan”</p> <p>El objeto</p>	Expresión de poder solicitada	Consecuencias jurídicas	Declaración de poder para crear, modificar o extinguir derechos o relaciones jurídicas
		Peticiones materiales	Restablecimiento tangible de los derechos	Imposiciones de deber: hacer, dar o no hacer, que surgen como consecuencia de la declaración jurídica

Las reglas sobre la carga de la prueba dan cuenta de la estructura de la pretensión, enuncian los elementos para la presentación del caso ante el juez.

La pretensión jurídica implica trabajar con argumentos razonables y demostrables, lo cual les da la probabilidad de verdad. La demostración de los argumentos que corresponda a los hechos se apoya en los medios de prueba mediante una serie de inferencias probables sobre la relevancia y la valoración. Por todo ello, el juez, en la decisión, como acto conclusivo del proceso, valida, modula o desestima la pretensión.

A partir de esta concepción, se entiende que la pretensión es el objeto del proceso.

Lo que permite la teoría de la confirmación procesal, vista desde la pretensión y la prueba, es que el juez llegue a una decisión fundamentada, que además tenga un nivel adecuado de corrección, desde el consenso. De esta forma se deja poco espacio a otras hipótesis o argumentos conclusivos.

⁶²⁴ Ibíd., art. 177: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el efecto jurídico que ellas persigan”.

Parafraseando a GARCÍA⁶²⁵, esto equivale a construir una decisión que resista tres explicaciones: 1. porque se sustentan o confirman unos hechos y no otros; 2. cómo se ha llegado a esta conclusión confirmatoria (estudios estadísticos, técnicos, científicos, valoración de pruebas, entre otros) y 3. cómo están relacionados los argumentos de la confirmación de los hechos, con el caso que se pretende solucionar.

De esta forma, se sostiene que el modelo de proceso dialógico se fortalece con el modelo de confirmación que integra los hechos, la prueba y el derecho a partir del respeto por los principios constitucionales. Este modelo permite al juez llegar a una decisión con mayor probabilidad de corrección sobre los hechos:

- Acerca la verdad, como valor de la función jurisdiccional, a una dimensión dialogada, donde todos los sujetos aportan en su construcción.
- La estructura basada en reglas mínimas de cierre fortalece el respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de los sujetos procesales, especialmente la defensa y la contradicción.
- Aporta a la legitimación social de la función pública jurisdiccional que cumple el juez en un modelo de Estado de social y democrático de derecho.
- Permite discutir el derecho como un sistema complejo, el cual abre las probabilidades de solución del caso, en diversas hipótesis.

B. La confirmación procesal y las reglas de la carga de la prueba

En todas las ciencias reconstructivas, la prueba tiene una importancia fundamental, pues permite conocer el pasado; pero en el campo del derecho este aspecto es vital para saber quién tiene la razón. Por ello las constituciones materiales y garantistas contienen el derecho a la prueba como principio constitucional inviolable, parte integral del debido y justo proceso.

La prueba es un término multiconceptual, que comúnmente se relaciona de manera directa con la acción de probar⁶²⁶. Esta acción de probar, a su turno se vincula directamente con un objeto, lograr la reconstrucción fáctica en el proceso, pero la elaboración del *factum* corresponde a una estructura compleja sobre los hechos⁶²⁷, que finalmente serán el sustento de la decisión.

En medio de estas concepciones multivariadas respecto de la prueba y los hechos, se gesta otra discusión relativa al fin de la prueba: la verdad o el conocimiento. Dicotomía de difícil resolución, que debe integrar los intereses públicos de la función judicial y las necesidades privadas creadas dentro del proceso.

La prueba relacionada con el fin de alcanzar la verdad ha sido objeto de múltiples discusiones⁶²⁸. Se puede establecer que la verdad que alcanza la decisión judicial razonable es relativa, es

⁶²⁵ JUAN ANTONIO GARCÍA. Conferencia presentada en la Universidad Autónoma del Caribe (Barranquilla), el 16 de noviembre de 2007, en el marco del III Conversatorio Internacional de Derecho Procesal – Retos de la Justicia Oral en Colombia.

⁶²⁶ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho*, cit., p. 180: “El término prueba es polisémico: 1) razonamiento en el que el demostrandum está justificado por un conjunto de expresiones lingüísticas. 2) expresión lingüística (proposición o valoración) que constituye la base de la prueba, 3) como actividad de una persona que formula la prueba y 4) como el objeto que sirve al fundamento de la prueba”.

⁶²⁷ *Ibíd.*, p.181: “Esta polisemia afecta igualmente el objeto: 1) los hechos que son importantes a la decisión, 2) la existencia de un hecho y 3) la justificación de la expresión lingüística que se refiere a la existencia de un hecho”.

⁶²⁸ Un sector de la doctrina la trata como verdad material: PICÓ y ABEL. *Los poderes de oficio*, cit., p. 33: “Las concepciones publicistas son favorables a la figura de un juez más activo llamado a la búsqueda de la verdad material o mejor precisión ‘verdad histórica’”. Otros afirman una concepción de verdad relativa: TARUFFO. *La prueba de los hechos*, cit., p. 74: “Parece absolutamente obvia la observación de que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas e inmutables sobre nada y que, por tanto, solo tiene sentido hablar de verdades relativas. No obstante de ello no se deriva ninguna diferencia de fondo entre la verdad que se forma en el proceso y aquella que se forma fuera del mismo”. Y por último, hay quienes niegan toda posibilidad de alcanzar la verdad: ALVARADO. *Debido proceso*, cit., pp. 11-16.

reconstrucción. La verdad relativa también puede denominarse certeza fundada.

De tal forma que entender la verdad del proceso como una verdad relativa es entender que la prueba tiene como fin aportar el conocimiento más adecuado y suficiente al juez para decidir. Esta afirmación es plausible y está haciendo presencia también en el legislador⁶²⁹ y en la Corte Constitucional que expresa que el proceso requiere “la práctica de todas las pruebas que sean menester para ilustrar el criterio del juez y su pleno conocimiento, ponderación y estudio [...] para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho”⁶³⁰.

La prueba permite acceder al conocimiento. Un nivel adecuado de conocimiento permite al juez fundamentar la confirmación de los hechos –afirmaciones– mediante cadenas de inferencias. Con ello se forma la verdad en la decisión⁶³¹. Esta es una estructura compleja, que le aporta criterios de certeza probable al juez, para motivar la decisión.

Admitir que la prueba aporta conocimiento, para con él realizar inferencias que den cuenta de un grado de certeza probable, es una transmutación ideológica. La ideología es una estructura mental que asume algunos conceptos como verdades sabidas⁶³². La ideología se compagina con los paradigmas, su evolución depende del nacimiento de nuevas teorías y conceptos, con los cuales se funda un nuevo paradigma o ideología para beneficio de la sociedad.

La ciencia se encarga de hacerles frente a las ideologías, “la conciencia de saber que no se sabe es propia de la ciencia; no es en absoluto un atributo de la ideología”⁶³³. En este sentido, se debe estudiar el derecho como parte de las ciencias sociales⁶³⁴, para buscar respuestas a los problemas que se presentan con el vertiginoso cambio de las culturas: pero no cualquier respuesta, las respuestas adecuadas se buscan en una decisión basada en el conocimiento y en estructuras probables.

Es así como la función de la prueba en la teoría de la confirmación, es aportar un nivel adecuado de conocimiento al juez. Esta es una afirmación que rompe el paradigma medieval de la prueba como mecanismo de comprobación irracional⁶³⁵.

Como lo expone FOUCAULT⁶³⁶, es una evolución de siglos en el proceso probatorio civil, que se

⁶²⁹ Ver el Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 706 de 2006 en su artículo 381.

⁶³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-100/98 del 24 de marzo de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

⁶³¹ FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*, cit., p. 15: “La hipótesis que me gustaría formular es que en realidad hay dos historias de verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saber”.

⁶³² ESTANISLAO ZULETA. *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, 5.ª ed., Cali, Fundación Estanislao Zuleta, 2001, pp. 80-82: “La ignorancia no es un Estado de carencia, como se lo imagina el sentido común. Si fuese así nada habría más fácil que la enseñanza que sería como dar de comer a un hambriento. Introducir algo allí donde hay una ausencia sería supremamente sencillo. Pero desgraciadamente la ignorancia no es un estado de carencia, no es una falta, sino –y esa es la fórmula de Platón– un estado de llenura; es un conjunto inmenso de opiniones en las que tenemos una confianza loca [...] la ideología, como naturaleza, tiene horror al vacío y en tal sentido ofrece para todo una respuesta”.

⁶³³ *Ibíd.*, p. 82.

⁶³⁴ *Ibíd.*, pp. 81-84: “Realmente sólo cuando entramos en una ciencia nos damos cuenta que lo que teníamos muy claro no es más que una masa de prejuicios”.

⁶³⁵ FOUCAULT. *La verdad y las formas*, cit., pp. 40-41 y 60.

⁶³⁶ *Ibíd.*, p. 71: “El sistema que reglamenta los conflictos y litigios en las sociedades germánicas de esta época es, por consiguiente, un procedimiento enteramente gobernado por la lucha y la transacción, es una prueba de fuerza que puede terminar en transacción económica. Se trata de un procedimiento que no autoriza a colocar un tercer individuo sobre los dos adversarios a la manera de un elemento neutro que busca la verdad intentado saber cuál de los dos no miente; por lo tanto, nunca interviene en este tipo de sistema un procedimiento de indagación o una investigación de la verdad. Este era el núcleo del derecho germánico antes de la invasión del imperio romano”.

inicia en el derecho germano “con un sistema que llamaron prueba, utilizado para comprobar la fuerza y el poder en uno de los adversarios”. A esta forma de prueba no le interesa el conocimiento, porque “es un operador de derecho y no un operador de verdad”⁶³⁷.

Afirma FOUCAULT que el paso siguiente se da con la entrada del sistema romano, “en esa época se inventó una determinada manera de saber”⁶³⁸, porque nace la necesidad de indagar.

En este punto de la evolución, el gran invento del Estado fue la indagación *–inquisitio*⁶³⁹–, para traer lo ocurrido como si se estuviera presenciando. Y “son estas formas de indagación las que se adoptan en Occidente como formas para autenticar la verdad”. La prueba en el derecho contemporáneo corresponde a la evolución de la indagación.

Estas reglas de indagación en el Estado social de derecho deben ser instituciones que respeten los derechos fundamentales de defensa y contradicción. De ahí que se adopten en la ley principios como: necesidad de la prueba⁶⁴⁰, libertad de medios probatorios⁶⁴¹, comunidad de la prueba⁶⁴² y carga de la prueba⁶⁴³.

Todos estos principios forman parte del debido proceso probatorio al servicio de la confirmación de los hechos. Ahora bien, este segmento se ocupará en concreto de identificar la relación que existe entre las reglas de la carga de la prueba y la confirmación de los hechos.

Las cargas procesales sobre la prueba se relacionan directamente con el principio de aportación y tienen como finalidad distribuir responsabilidades entre los sujetos procesales. Las cargas sobre la prueba se ocupan de distribuir la incumbencia probatoria, con la finalidad de hacer más efectiva la función jurisdiccional y resolver con eficacia las pretensiones. De tal forma que las cargas se asignan por el legislador al juez, para que éste elabore un juicio de suficiencia, y a las partes, en protección de los principios constitucionales.

El juez tiene cargas de prueba, como sujeto responsable de decidir la pretensión. A su vez, el juez tiene poderes de dirección y de instrucción como sujeto responsable del procesamiento de la pretensión. Estas son dos potestades diferentes. Las cargas están relacionadas con el “juicio de suficiencia” de la prueba, con la valoración individual y conjunta, razonable, para decidir. Los poderes de dirección corresponden al desarrollo de los principios que integran el debido proceso probatorio y la protección de las garantías constitucionales. En tanto que los poderes de instrucción están directamente relacionados con el juicio de relevancia de la prueba: utilidad, conducencia, pertinencia y legalidad, y con la determinación del estándar de ley.

En esta distribución de cargas probatorias y poderes para el juez, aporta en claridad la acertada diferencia entre las cargas probatorias y los poderes de instrucción que hace ABEL⁶⁴⁴:

⁶³⁷ Ibid., p. 75: “La prueba no tiene una función apofántica, no designa, manifiesta o hace aparecer la verdad”.

⁶³⁸ Ibid., pp. 75 y 81: “En esa reelaboración del derecho se inventó algo que, en realidad, no concierne tanto a los contenidos, sino a las formas y condiciones de posibilidad del saber. En el derecho de esa época se inventó una determinada manera de saber, una condición de posibilidad de saber cuya proyección y destino será capital para Occidente”.

⁶³⁹ Ibid., p. 85: “La hipótesis que quisiera formular es la siguiente: la indagación tuvo un doble origen, origen administrativo ligado al surgimiento del Estado en la época carolingia y origen religioso, eclesiástico, que está presente durante toda la Edad Media”.

⁶⁴⁰ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 174: “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

⁶⁴¹ Ibid., art. 175: “Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”.

⁶⁴² Ibid., art. 174.

⁶⁴³ Ibid., art. 177.

⁶⁴⁴ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 166-167.

1. En el orden conceptual, la institución de la carga de la prueba parte del presupuesto de la falta de prueba de hechos controvertidos o, por seguir la dicción legal, parte del presupuesto que ‘el tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión.

2. En el orden sistemático, la carga de la prueba se regula [...] dentro de una sección rubricada ‘de los requisitos internos de la sentencia’, mientras, la iniciativa probatoria de oficio del art. 429.1 II y III LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil española], se ubica dentro del capítulo rubricado ‘de la audiencia previa’. El legislador vincula la carga de la prueba con la sentencia y la iniciativa que representa la normatividad del 429.1 II y III LEC con las facultades de proposición de prueba por las partes.

3. En el orden temporal, la carga de la prueba despliega su eficacia una vez practicadas las pruebas o, por seguir la dicción legal ‘al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante’ (art.217.1 LEC) mientras que la iniciativa probatoria representada por la facultad del art. 429.1 II y III LEC opera en la fase de proposición y admisión de prueba.

4. En orden a sus efectos, la carga de la prueba no tiene por objeto distribuir los hechos que deben probarse por cada una de las partes ni contiene normas valorativas de la prueba, sino que constituye una ‘regla de juicio’, que determina a quién perjudica la falta de prueba o, en palabras de la STS de 5 de noviembre de 20001, ‘quien sufre las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho’, mientras que la iniciativa probatoria de oficio integra la prueba propuesta por las partes.

En relación con las partes, las cargas de distribución de la prueba se establecen a partir del principio dispositivo que a su vez contiene las reglas de aportación. Esta dimensión de la carga de la prueba tiene una estrecha relación con los hechos⁶⁴⁵ o las afirmaciones. Cada parte –pretensor o resistente– tiene unas responsabilidades específicas con respecto a sus representaciones en el proceso, de ahí que la doctrina diferencie los hechos para dar claridad al sujeto responsable:

- Hecho constitutivo (fundamenta fácticamente la pretensión del actor).
- Hecho impeditivo (imposibilita el nacimiento de la pretensión y fundamenta la excepción del resistente).
- Hecho extintivo (evita que perdure en el tiempo la pretensión. Sirve como defensa contra la pretensión).
- Hecho modificadorio (provoca un cambio en las condiciones de la causa jurídica pretensional. Sirve como modulador de la pretensión).
- Hecho excluyente (contra derecho o derecho de mejor estructura que el elaborado en la pretensión. Lo presenta el resistente a manera de reconvencción).

Esta distribución de cargas a partir de los hechos en general establece que un hecho no pertenece a priori a un sujeto específico de la pretensión, aunque tradicionalmente se le asigne. Esto, porque un hecho no pertenece inflexiblemente a una categoría determinada⁶⁴⁶. Asimismo permite establecer, como afirma DEVIS ECHANDÍA⁶⁴⁷, una regla de conducta para las partes, en tanto de manera indirecta se les indica cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar.

Un mismo hecho puede ser utilizado por varios sujetos procesales desde diversas perspectivas,

⁶⁴⁵ Al respecto: WRÓBLESKY. *Sentido y hecho*, cit., pp. 181-182. “En la regulación normativa, hay por lo menos tres categorías de hechos que requieren prueba: 1) hechos contestados por las partes, 2) hechos no contestados pero dudosos y 3) hechos que destruyen una presunción jurídica”. ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 250.

⁶⁴⁶ FERNÁNDEZ. *La carga*, cit., p. 122: “[...] ‘etiquetación’ de los hechos a priori (esto es, con independencia de la relación jurídica en el marco de la cual se produzcan), lo que, como se ha dicho, no es posible hacer con carácter absoluto, ya que hay que tener en cuenta todos los matices que cada caso presenta, y sólo en relación con una determinada pretensión cabe determinar qué hechos son constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes de la misma y, por tanto, saber a quién le corresponde –o le habría correspondido– su prueba”.

⁶⁴⁷ HERNANDO DEVIS. *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 425-426.

y por tanto formar parte de diferentes relaciones jurídicas y admitir diversas clasificaciones. De esta flexibilidad del hecho surge una regla que se modula: cada parte tiene la responsabilidad de aportar el material probatorio referido al supuesto de hecho, de la norma que le es favorable. Este es el principio de autorresponsabilidad⁶⁴⁸, que asigna la responsabilidad de la prueba del hecho a la parte que lo enuncia y defiende.

Por ello, la carga de la prueba se concibe como una situación jurídica en la cual la ley asigna dos responsabilidades: pone a cada una de las partes en la necesidad de probar ciertos hechos de su propio interés, de tal modo que no ejerciendo la actividad probatoria se encontrará en circunstancias desventajosas en relación con la decisión judicial; y pone al juez a elaborar una “regla de juicio”, en la cual determinará cuál de las partes, por su incompetencia probatoria, cargará con la sanción.

La carga de la prueba tiene así una estrecha relación con la “duda probática”, como la denomina MUÑOZ⁶⁴⁹, que ha de resolverse desestimando las pretensiones del actor o del demandado, quien pese a tener la carga de la prueba de ciertos hechos que constituyen el supuesto de la norma cuyos efectos se persigue, asumió una actitud pasiva en el proceso frente a su demostración.

Estas reglas de distribución de la responsabilidad sobre la prueba se estudian por la doctrina como cargas estáticas y tienen dos perspectivas⁶⁵⁰: la dimensión formal, denominada también “carga estática”, y la dimensión material o “regla de juicio”. En correlación con las cargas estáticas se encuentran los fenómenos de cargas dinámicas que corresponden a las variaciones, de muy diversa índole, que presentan las cargas estáticas.

1. La dimensión formal de la carga estática de la prueba

La carga estática de la prueba, en su dimensión formal, corresponde a un ejercicio facultativo, que se desprende del tradicional sistema dispositivo⁶⁵¹, que en el derecho contemporáneo se denominan reglas de aportación de parte⁶⁵², o reglas de autorresponsabilidad.

Esta facultad es conferida por la ley a las partes⁶⁵³ en desarrollo de los principios de derecho a la prueba y defensa, para que inserten legítimamente en el proceso todas las pruebas que consideren pertinentes para la confirmación de los hechos. Son parte de las oportunidades legales⁶⁵⁴ que las

⁶⁴⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 177.

⁶⁴⁹ LUIS MUÑOZ. *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997, pp.21-22.

⁶⁵⁰ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 27.

⁶⁵¹ Como bien lo recuerda CARLOS MEDINA. “El mito de la carga de la prueba frente al Estado social de derecho”, en *La prueba, homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, p. 523: “El sistema dispositivo o individualista de carga de la prueba se mueve dentro de las antiguas reglas romanas de carga probatoria: *onus probando incumbit actori* [...] El legado del derecho romano se plasmó en los artículos 1315 del código napoleónico, 1354 del código civil venezolano y 1757 del código civil colombiano”.

⁶⁵² Al respecto: PICÓ et ál. *Los poderes del juez*, cit., p. 32: “El principio de aportación de parte es heredero de la concepción privada del proceso civil donde las partes aparecen como dueñas del proceso”; Fernández. *La carga de la prueba*, cit., p. 26; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 250: “En el proceso civil cada parte tiene la carga de afirmar los hechos en que fundamenta su pretensión o su defensa y en caso de ser necesario de proporcionar al juez el convencimiento sobre su existencia. Se trata de una exigencia que viene impuesta por la vigencia en este proceso de los principios dispositivo y de aportación de parte”.

⁶⁵³ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 27; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 27: “La carga de la prueba formal está relacionada con la actividad de partes”.

⁶⁵⁴ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 37-38: “Esta teoría –aquí meramente enunciada pero ampliamente desarrollada por Goldschmidt– Se basa en la idea de que las partes se encuentran en una situación de expectativa respecto de la resolución de fondo, de forma tal que la transformación de dicha expectativa en una sentencia favorable se hace depender del aprovechamiento de las posibilidades procesales y del ejercicio de las cargas que poseen en virtud de su status de parte”.

partes tienen para adquirir una posición que les permita influir en el resultado exitoso de sus peticiones.

Por ello la inactividad probatoria de parte no lleva implícita una sanción jurídica, esta inactividad o negligencia significa la elaboración por parte del juez de una regla de juicio o una regla de insuficiencia en su contra, lo cual puede perjudicar sus intereses.

La doctrina⁶⁵⁵ coincide en el estudio de sus características:

- Su ejercicio es facultativo. Cuando la ejerce una parte, queda vinculada al cumplimiento de las normas que regulan su ejercicio. En tanto que si no la ejerce, puede quedar sancionada mediante la regla de insuficiencia probatoria en su contra.

- Tiene carácter instrumental. Es un mecanismo permitido por la ley para obtener ventajas procesales, lo cual fortalece la expectativa de obtener una resolución favorable.

- Su fin es la tutela de un interés jurídico propio.

- El no ejercer la carga de la prueba dificulta la obtención de ventajas procesales. No siempre se produce la pérdida de la pretensión porque el legislador prevé otros medios.

La dimensión formal de la carga estática de la prueba corresponde por tanto al desarrollo de las reglas de aportación de parte; éstas se flexibilizan mediante la dimensión material de la carga estática y las variaciones o dinámicas plausibles dentro del marco de un Estado social de derecho.

2. La dimensión material de la carga estática de la prueba

Esta dimensión material se corresponde con el ejercicio obligatorio de la jurisdicción, como función pública, para evitar decisiones “*non liquet*”⁶⁵⁶. El juez está en la obligación, como representante del Estado, de resolver en derecho los casos que se someten a su conocimiento. La inobservancia u omisión de esta obligación jurisdiccional por parte del juez se castiga: civilmente, con responsabilidad y perjuicios a su cargo; penalmente, en caso de que se demuestre dolo o culpa grave por negligencia, y también puede ser objeto de sanción disciplinaria por faltas a los deberes como funcionario jurisdiccional y como director del proceso.

La dimensión material de la carga de la prueba se relaciona con la regla de juicio para decidir, que el juez elabora, a partir de la valoración de las pruebas aportadas por las partes⁶⁵⁷. Con base en ella se otorga valor a las pruebas aportadas al proceso, se mide el grado de conocimiento adquirido por el juez sobre el caso y se determina la responsabilidad de las falencias probatorias, que afecten el convencimiento del juez.

Esta regla de juicio para determinar responsabilidades la elabora el juez mediante unas inferencias jurídicas que pueden representarse en una suerte de códigos binarios.

El juez asigna valor a las pruebas en forma individual y global, y a partir de ahí determina si alguno de los hechos relevantes para el caso no quedó suficientemente probado. Esto implica que

⁶⁵⁵ Al respecto: DEVIS. *Teoría general de la prueba*, cit., pp. 420-429; FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 44; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 44; PARRA. *Manual de derecho probatorio*, cit., pp. 152-155; AZULA. *Manual de derecho probatorio*, cit., pp. 35-37.

⁶⁵⁶ Al respecto: FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 26: “Estos criterios constituyen, pues, el apoyo legal que el juez ha de tener presente para evitar que la cuestión quede imprejuzgada, ya que razones como la seguridad jurídica y el ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional le obligan a resolver todos los casos que se le planteen”; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 27: “El deber de dictar sentencia es el más estudiado evitando resoluciones de ‘*non liquet*’”; PICÓ et ál. *Los poderes del juez*, cit., p. 168: “La destrucción de la carga de la prueba en el sentido de que el juez probará hechos que a una de las partes correspondería probar, es un argumento dogmáticamente erróneo, porque las reglas de la carga de la prueba operan al momento de dictar sentencia y ante el deber inexorable de resolver que tienen los jueces, entonces esa facultad *onus probando*, es la herramienta que le permite al juez fallar hechos inciertos o insuficientemente probados”.

⁶⁵⁷ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 26: “La material o reglas del juicio alude a la prueba como resultado al que el juez llega tras la valoración del material probatorio”; FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 27: “La segunda de las funciones o dimensiones de las reglas sobre carga de la prueba encuentra su momento de aplicación no ya en la fase de prueba, sino en un estadio posterior (en la denominada fase de decisión), y tiene como destinatario al juez, no a las partes”.

hay hechos inciertos⁶⁸, que afectan la decisión. Frente a esta duda, el juez establece una disyuntiva: los vacíos probatorios no son responsabilidad de una de las partes porque son producto de trámites procesales y probatorios, o definitivamente una de las partes por negligencia o descuido tiene responsabilidad o culpa en la falta de prueba.

Si la falta de prueba no es responsabilidad de una de las partes, el juez se encuentra frente a otra disyuntiva: considera que los hechos no probados suficientemente no son determinantes para la decisión y entonces elabora la sentencia. Por el contrario, si encuentra que requiere más información y conocimiento, entonces el juez utiliza los poderes de instrucción para esclarecer las dudas que afectan la decisión.

Si, por el contrario, una vez elaborada la regla de juicio por el juez, éste puede determinar que la responsabilidad de insuficiencia probatoria es de una de las partes, a causa de inactividad, negligencia o descuido, aplica la regla de carga y decide en contra de ella.

Se relacionan con la aplicación de la carga de la prueba múltiples actividades inferenciales que toman una tonalidad diversa, según la actividad que hayan demostrado los sujetos procesales, esto es, el juez y las partes. No es materia de este trabajo profundizar sobre ellos, pero debido a su íntima conexión con los poderes de instrucción resulta relevante abordar someramente algunos de ellos:

- Ponderación de los principios constitucionales del debido proceso probatorio.

Los principios del debido proceso probatorio están directamente relacionados con aquellos que sustentan el debido proceso. Su estructura inicia con los principios de defensa y contradicción. Estos derechos tienen incidencia directa en el principio de publicidad en sus perspectivas interna y externa y en el principio democrático en el proceso.

En desarrollo del proceso las partes realizan múltiples actividades probatorias, aportan prueba física, solicitan otros medios de prueba, discuten la prueba allegada por la contraparte, abordan el contradictorio y, por último, elaboran las alegaciones finales que tienen como núcleo central la prueba recopilada.

Durante toda etapa y actividad, el juez, como máximo director del proceso tiene el deber de garantizar sin lugar a ningún tipo de excepción la dinámica del debido proceso probatorio. Una de las vertientes más importantes de éste está relacionada con el principio de publicidad interna, que indica que el juez debe permitir la dialéctica abierta de todos los momentos inferenciales que se establecen a partir de la pretensión jurídica; son ellos: la transmutación del hecho social en el hecho jurídicamente relevante, la elección de los medios de prueba adecuados para la confirmación de los hechos del caso y la concatenación con los hechos de la norma, la enunciación del juicio de relevancia sobre los medios de prueba solicitados, la valoración individual de los medios de prueba relevantes y no relevantes, la valoración conjunta de todos los medios de prueba que sustentarán la decisión y, por último, la aproximación de la fórmula jurídica que sustentará la decisión en derecho.

Es evidente que es una configuración compleja del debido proceso probatorio y que el juez puede encontrar vacíos, falencias e imprecisiones al momento de elaborar su decisión. Si estas irregularidades han vulnerado las garantías constitucionales de una de las partes e inciden en la decisión, al juez no le queda otra opción que hacer uso “motivado” de sus poderes de instrucción para ordenar prueba de oficio.

- Falencias en el juicio de relevancia.

⁶⁸ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 33: “La situación de hecho incierto es, pues, la condición de aplicación de la regla de juicio fáctica. En efecto, las reglas sobre la carga de la prueba nos dan la solución a la situación de hecho incierto, pero nos informan, sin embargo, acerca de cuándo cabe considerar que un hecho es incierto. Ello va a depender exclusivamente, de cuál sea el grado de certeza exigido para la prueba de los hechos. Se trata ésta de una cuestión que ha sido -y sigue siendo- ampliamente estudiada por la doctrina anglosajona, lo que contrasta con la escasez de trabajos dedicados a ello en los países continentales”; FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 32: “No ha quedado lo suficientemente probada ni la existencia ni la inexistencia de los hechos controvertidos, bien por no haber sido aportadas pruebas al respecto, bien porque las pruebas aportadas han sido insuficientes”.

El juicio de relevancia sobre la prueba es un análisis inferencial determinante para el proceso. Mediante los juicios de relevancia el juez determina la utilidad, la conducencia, la pertinencia y la legalidad de los medios de prueba solicitados.

El juez está comprometido como director del proceso, y para hacer un uso adecuado de sus poderes de instrucción, a recibir en forma directa, o por lo menos, si esto es físicamente imposible, debe asegurar un control personal adecuado sobre toda la prueba que sea solicitada y producida por las partes. Esto es lo que se denomina “reglas de inmediación”⁶⁰⁹.

Las reglas de inmediación permiten al juez elaborar juicios inferenciales para determinar las pruebas útiles a la confirmación de los hechos determinantes para la solución del caso; igualmente se compromete con las pruebas pertinentes y conducentes que serán las que muestren una conexión directa con las afirmaciones de las partes.

Realizar un juicio de relevancia con responsabilidad asegura al juez una aplicación de las reglas de la carga de la prueba mejor fundamentada. Si hay errores en los juicios de relevancia, el juez tendrá que hacer uso de los poderes de instrucción para evitar la violación del debido proceso probatorio; no obstante, tendrá en cuenta el respeto absoluto de los principios de defensa y contradicción.

– Sobre las actividades de valoración de prueba.

Toda decisión debe estar fundamentada en prueba regular y oportunamente allegada al proceso. Por ello la actividad de valoración de prueba es determinante para la motivación de la sentencia.

Las reglas sobre valoración de prueba están cargadas de actividades inferenciales; no en vano DELLEPIANE⁶¹⁰ llega a la conclusión de que toda la prueba es indiciaria. Tal es el caso del ordenamiento civil colombiano, donde se establece que “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”⁶¹¹.

En desarrollo de esta fórmula, el juez debe hacer un cuidadoso análisis individual de la prueba para determinar los criterios de validez que le otorga y los elementos de conocimiento que le aporta para la confirmación de los hechos. Acto seguido deberá determinar las pruebas que considera no relevantes y aquellas que considera pueden servir de fundamento a la decisión para con ellas construir una estructura de valoración conjunta. La valoración conjunta de la prueba puede hacerse por varios métodos; uno de los más adecuados, siguiendo la afirmación de DELLEPIANE, es el de la construcción del indicio⁶¹².

Es, pues, la valoración de la prueba otra de las elaboraciones inferenciales que dan lugar a múltiples interpretaciones. A partir de estas valoraciones el juez identifica si alcanza un adecuado conocimiento del caso y de las situaciones personales de las partes. En caso de que aparezcan dudas debe identificar si éstas pueden suplirse con aplicación de presunciones o valoraciones de conducta, entre otros, o si por el contrario son dudas que impiden la elaboración de la decisión. Si el caso es la última hipótesis, el juez deberá hacer uso de los poderes de instrucción y ordenar

⁶⁰⁹ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. “181: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 89. *Juez que debe practicar las pruebas.* “El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique. Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial. No obstante, cuando se trate de inspección judicial que deba practicar la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, podrá ésta comisionar cuando lo estime conveniente”.

⁶¹⁰ DELLEPIANE. *Nueva teoría de la prueba*, cit., pp. 63 y 143.

⁶¹¹ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 187.

⁶¹² RAMÍREZ. *Tras la ruta del indicio*, cit., p. 20 y ss.

prueba de oficio.

– Establecer el estándar de prueba exigido.

En el momento final del proceso, cuando el juez realiza la valoración de la prueba, tiene una última responsabilidad, determinante para decidir y para asignar la regla de la carga de la prueba: saber si alcanza el estándar de prueba o grado de convicción que le exige la ley, para el fallo.

Es práctica común en los ordenamientos del *civil law* asignar estándares diferentes de prueba para el área penal y para el área civil; generalmente se diferencian: el estándar de más allá de toda duda razonable, para el proceso penal, y el de prueba preponderante, para el proceso civil⁶⁶³.

El estándar de más allá de la duda razonable exige una profunda convicción o certeza en el juez, para fundamentar válidamente una decisión. Si se piensa en términos de probabilidades, se dice que la hipótesis del caso supera otras posibles hipótesis con un porcentaje superior al 90% de probabilidad. Esto quiere decir que el juez se concentra en una sola perspectiva de los hechos y no entabla diversas relaciones hipotéticas. Ello no parece muy plausible para la legalidad del derecho porque una sola duda que se le cree al juez implica que debe absolver.

El estándar de conocimiento o de convicción que se fundamenta en la decisión civil se denomina probabilidad prevaleciente o preponderante⁶⁶⁴. En términos probabilísticos es menos exigente que aquél de la duda razonable.

El que la probabilidad prevaleciente sea menos exigente no significa que sea inadecuada para satisfacer la pretensión de corrección que se exige para la solución de un caso. Todo lo contrario. El derecho pertenece a las disciplinas sociales y humanas, y por ello se construye con la elaboración de múltiples inferencias en una dialéctica que sustentan los principios constitucionales. Resulta inocente, por no decir irrisorio, que se considere posible encontrar casos donde una sola hipótesis triunfe en forma exclusiva. Lo cotidiano en la discusión jurídica es el enfrentamiento de varias hipótesis, dos, tres o tal vez más. El caso se soluciona cuando a partir de la actividad probatoria, una de ellas alcanza un nivel de ventaja importante frente a las otras.

Por ello la probabilidad prevaleciente permite al juez elaborar diversas hipótesis sobre un mismo caso. A cada una de estas hipótesis se le valora integralmente desde una perspectiva de mayor o menor probabilidad de existencia. La hipótesis que alcance una probabilidad superior al 50% tiene una ventaja razonable sobre las otras, y puede fundamentar una decisión en el proceso civil.

La fundamentación probatoria por estándares surge en el derecho como reacción a la perspectiva de la libre convicción, en Italia, o de la íntima convicción, en Francia. Estas dos concepciones están en abierta contradicción con el debido proceso, porque el momento más importante de todo proceso judicial es el último, aquel donde al final el juez promulga la decisión.

Entonces, pensar que un juez sea libre de decidir conforme a sus convicciones íntimas equivale a decir que puede utilizar sus visiones de justicia, o sus sentimientos. Equivale a sujetar al juez formalmente al proceso, pero materialmente dejarlo libre en sus percepciones. Son posiciones, éstas, que van en contravía de la principalística constitucional del debido proceso y

⁶⁶³ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 33: “pese a su interés, este tema excede de los objetivos de este estudio cabe diferenciar claramente entre dos estándares de prueba fundamentales que, aunque no siempre de forma expresa, se utilizan en nuestro sistema: el de la prueba *más allá de toda duda razonable* y el de la prueba *preponderante o prevaleciente*”; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 33-34: “Cabe diferenciar claramente entre dos estándares de prueba fundamentales que, aunque no siempre de forma expresa, se utilizan en nuestro sistema: el de la prueba *más allá de toda duda razonable* y el de la prueba *preponderante o prevaleciente*. En efecto, mientras el primero es empleado en el orden penal para dictar una sentencia condenatoria, el segundo es el característico del orden civil, en el que los jueces exigen un nivel de prueba claramente inferior al exigido en el proceso penal para declarar probado un hecho”.

⁶⁶⁴ *Ibíd.*, p. 34: “La probabilidad preponderante o prevaleciente consiste en que, tras la prueba de un hecho, su existencia ha de aparecer a los ojos de juez como más probable que su inexistencia. En todos aquellos casos en los que el juez no pueda llegar a este nivel de convencimiento, nos encontramos ante una situación de hecho incierto en la que será de aplicación la regla de juicio, lo que evita que la decisión quede en manos del arbitrio judicial, y, por tanto, quede así salvaguardado el principio de seguridad jurídica”.

específicamente de la finalidad del proceso civil en un Estado social de derecho.

En la fundamentación del estándar de prueba y su relación con la prueba de oficio se puede sostener que la actividad probatoria de las partes es prevaleciente respecto de la actividad probatoria del juez. Es decir que la del juez es subsidiaria y en ningún caso puede suplantar la de las partes. La actividad de oficio del juez es “inversamente proporcional” con aquella de las partes, es decir que a mayor diligencia y responsabilidad en la aportación de prueba por las partes, menor actividad oficiosa del juez.

De tal manera que en el proceso civil si las partes, con su actividad, confirman una de las hipótesis discutidas, el juez no se sirve de sus poderes porque se le ha entregado en el proceso todo lo necesario para decidir.

Otro es el problema que surge cuando ninguna de las hipótesis aparece suficientemente demostrada; de aquí surgen muchas posibilidades, entre ellas:

– Si el juez determina que la insuficiencia no se debe a culpa grave o leve de una de las partes, sino a situaciones que se salen del dominio de las partes, como por ejemplo: insuficiencia de los testigos, dictámenes periciales confusos o documentos no aportados por negligencia de un tercero, puede, y debe, activar sus poderes de instrucción.

Aquí pueden darse por lo menos dos situaciones. En el primer caso, el juez advierte que puede ordenar prueba de oficio, porque tiene pruebas mencionadas en el proceso que puede solicitar o complementar; en este caso el juez ejerce sus poderes de instrucción y actúa, y si estas nuevas pruebas aportan conocimiento importante, las integra en la valoración conjunta para fundamentar la decisión; si, por el contrario, no aportan elementos importantes al proceso, tiene que fallar con las pruebas que existen, aplicando la carga de la prueba. La segunda opción es que el juez encuentre que no tiene posibilidades jurídicas de intervenir por cuanto no hay pruebas que pueda ordenar en complemento de las aportadas, de manera que debe aplicar la carga de insuficiencia probatoria a la parte que señale la ley.

– Puede ocurrir también que el juez encuentre insuficiencia por culpa de alguna de las partes, pero advierta que esta negligencia es del apoderado y que la parte es una persona de aquellas que tienen protección especial por la Constitución y la ley, por ejemplo: un menor o un incapaz absoluto. En este caso es deber del juez hacer uso de la prueba de oficio para complementar la prueba, siempre que no inflija grave perjuicio a los derechos fundamentales de la contraparte.

Muchos son los casos hipotéticos que podrían formularse desde diversas perspectivas, como si se tratara de realizar figuras en un gran caleidoscopio. Sin embargo, se puede dejar enunciada una regla que fundamenta el debido proceso probatorio: la indebida adecuación del estándar de prueba y el uso de los poderes de instrucción deben ser expuestos por el juez con suficiente motivación, de modo tal que se dé cabida a los derechos de contradicción y defensa.

3. La llamada “carga dinámica de la prueba”

Hablar de “carga dinámica de la prueba” equivale a hablar de inversión de las reglas estáticas para la distribución de la carga de la prueba⁶⁶.

En un concepto así, amplio, la carga dinámica está compuesta de reglas correctivas sobre el tema objeto de prueba⁶⁷. Estas reglas correctivas permiten una distribución diferente de la regla

⁶⁶ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 118: “el término inversión se hará en su sentido más amplio, esto es, entendido por tal cualquier modificación que afecte a la regla general del art. 217 LEC”; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 118-119: “[...] criterios de distribución establecidos por la ley, en este caso frente a las reglas generales del 217 LEC, que puede provocar una exoneración parcial o total a favor de la parte que tendría que probar”.

⁶⁷ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 123: “[...] se entiende que cualquier cambio que incida sobre la distribución de la carga de la prueba (llámese alteración, modificación o inversión, pues la denominación que reciba es indiferente) tiene el efecto, bien de cambiar el tema de la prueba-en cuyo caso se produce un cambio de en los hechos que cada parte tiene que probar-, bien de

general, que ordena que cada parte es responsable de probar el hecho que sustente sus peticiones. En este sentido se sustentan tres formas de inversión: inversión de orden legal, que puede ser directa o indirecta; inversión convencional e inversión judicial.

La inversión de orden legal directa⁶⁶⁷ se presenta cuando el ordenamiento jurídico establece reglas de distribución diferentes o por excepción a la regla general. La inversión de orden legal indirecta⁶⁶⁸ se da por varias manifestaciones del legislador, y entre ellas están: los indicios, las presunciones y las reglas de la experiencia positivizadas.

La inversión legal por indicios incide de forma relevante sobre los hechos que cada parte ha de probar y genera consecuencias negativas a la parte perjudicada que no aportó prueba contra el hecho indicador. Esta inversión corresponde a una elaboración inferencial, pero se diferencia de los indicios enunciados por la ley como medio de prueba.

Cuando el legislador faculta la construcción de un indicio sobre una conducta o una actividad procesal determinada, la autorización va dirigida al juez y supone una facilitación de prueba, ya que exime a la parte responsable de probar el hecho, de hacerlo. La inferencia que autoriza el legislador sobre la conducta o el acto procesal se considera una prueba demostrativa que entra a competir con el total del caudal probatorio.

A diferencia, el indicio, expuesto como un medio de prueba, hace parte de la actividad común y ordinaria de defensa y contradicción. El indicio como medio de prueba corresponde a unas construcciones inferenciales que puede hacer el interesado, sobre todos los hechos que resulten parcial o totalmente demostrados en el proceso; es decir, se realiza después de la contradicción de prueba, comúnmente en los alegatos de conclusión.

Son casos de inversión legal indirecta por indicios: la falta de contestación de la demanda⁶⁶⁹ y la renuencia a contestar en la declaración de parte⁶⁷⁰.

La inversión legal también se puede dar por presunciones⁶⁷¹. Esta inversión supone que la parte favorecida no tiene que acreditar el hecho porque el hecho presumido se considera probado. Se diferencia esta institución de la construcción de indicios por parte del juez en que, como se explicó, el indicio se suma al caudal probatorio; a diferencia, la presunción no, porque supone probado el hecho.

Son ejemplos de esta forma de inversión: la confesión ficta o presunta⁶⁷², que se configura por renuencia a contestar las indagaciones, por responder de modo evasivo o por no asistir a la audiencia de interrogatorios.

exonerar a una de las partes de la carga de la prueba de un hecho, recayendo sobre la otra la prueba del hecho contrario”.

⁶⁶⁷ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 133: “La ley sustancial o en veces la procesal emite reglas según las cuales evita la aplicación general y provoca así una distribución de cargas diferentes”.

⁶⁶⁸ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 127; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 133: “Las exceptivas se dan de dos formas directa o indirectamente a través de presunciones”.

⁶⁶⁹ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 95: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1º, num. 44. *Falta de contestación de la demanda*. “La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto”.

⁶⁷⁰ *Ibíd.*, art. 202: *Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso*. “El juez o magistrado podrá citar a las partes [...] la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicios en contra del renuente”.

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 132.

⁶⁷² Código de Procedimiento Civil. art. 210: Modificado. L. 794/2003, art. 22. *Confesión ficta o presunta*. “La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca”.

La inversión contractual corresponde a una variación sobre las reglas de la carga de la prueba que establecen las partes mediante acuerdos probatorios sobre los hechos pretensionales. Esta forma de inversión es excepcionalísima, por cuanto las normas sobre aportación y contradicción de la prueba se consideran de orden público⁶⁷³, puesto que tienen relación con los principios constitucionales de defensa y contradicción. Por ello ésta se autoriza por el legislador⁶⁷⁴ cuando los derechos en discusión son de naturaleza dispositiva y las partes están plenamente de acuerdo en la petición.

Son ejemplos de esta variación: la solicitud de fallos en equidad y la petición de pretermittir total o parcialmente el término probatorio⁶⁷⁵.

La inversión judicial se presenta cuando la distribución de las cargas probatorias es modificada por el juez. El juez utiliza sus poderes para cambiar las reglas sobre carga de la prueba, excepcionando su aplicación para un caso específico y generalmente fundado en motivos de equidad o de justicia material⁶⁷⁶.

La inversión judicial se apoya en veces en el supuesto de que una de las partes tiene mejor acceso a las fuentes de prueba y que el juez debe variar las reglas generales para lograr el equilibrio en el proceso. Esto es lo que la doctrina denomina “principio de facilidad”⁶⁷⁷, y trata de aplicar la teoría de la proximidad al objeto de prueba. Este principio tiene una estrecha relación con la buena fe procesal y la colaboración con la administración de justicia constitucional⁶⁷⁸.

Este tipo de inversión de la carga por vía judicial tiene dos perspectivas de fundamentación: directa, como cuando el juez interviene con sus poderes de instrucción para apoyar la actividad probatoria de una de las partes que ha referido su situación. Esta forma de inversión tiene sustento en la ley en diversas eventualidades⁶⁷⁹.

⁶⁷³ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 252: “Las normas sobre la carga de la prueba son de ‘*ius cogens*’ por tanto no se pueden modificar por la sola voluntad. Cabe la inversión legal, como es el caso de las presunciones y en casos excepcionales la inversión jurisprudencial como por ejemplo por la culpa extracontractual de los médicos”; FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 176: “Algunos autores no los aceptan porque la norma de carga es procesal y por tanto es indisponible. No obstante ante carencia de normas, es el juez quien decide según el caso concreto”.

⁶⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 175-176: “[...] que los derechos sean disponibles o cuando el legislador deja en manos de las partes la elección. No puede ser contrario al principio de facilidad y es el juez quien decide si esos pactos son o no de aplicación”.

⁶⁷⁵ Código de Procedimiento Civil colombiano. art. 186: Modificado. D.E. 2282/89, art. 1.º, num. 91. *Prescindencia total o parcial del término probatorio*. “Las partes pueden pedir de común acuerdo, en escrito autenticado como se dispone para la demanda, que se proceda a dictar sentencia con base en las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación, o que se dé por concluso anticipadamente el término para la práctica de pruebas, desistiendo de las que estén pendientes, a fin de que el proceso continúe su curso”.

⁶⁷⁶ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 142-145: “Es habitual el principio de facilidad, ya que cada cual deberá probar lo que es más fácil, es lo habitual que esto sea los hechos en que basaba sus peticiones y su posición. Para evitar una aplicación indiscriminada, los tribunales han puesto de manifiesto el principio de flexibilidad que exige al juez la apreciación de las circunstancias y que de acuerdo procedan a distribuir la carga de la manera más equitativa posible, evitando injusticias por indefensión”.

⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 146: “El principio de facilidad es más amplio que el de disponibilidad. El principio de la facilidad se fija por la posición que cada parte ocupa en relación con la prueba de determinado hecho”.

⁶⁷⁸ Constitución Política de Colombia, art. 95.

⁶⁷⁹ Al respecto, Código de Procedimiento Civil, art. 78: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 31. *Imposibilidad de acompañar la prueba de la existencia o de la representación del demandado*. “Cuando en la demanda se diga que no es posible acompañar la prueba de la existencia o de la representación del demandado, se procederá así: 1. Si se indica la oficina donde puede hallarse dicha prueba, el juez librará oficio al funcionario respectivo, para que a costa del demandante expida copia de los correspondientes documentos en el término de cinco días. Alargados éstos, se resolverá sobre la admisión de la demanda. 2. Cuando se ignore dónde se encuentra la mencionada prueba, pero se exprese el nombre de la persona que representa al demandado y el lugar donde puede ser hallada, se resolverá sobre la admisión de la demanda, y al ser admitida, en el mismo auto el juez ordenará al expresado representante que con la contestación presente prueba de su representación, y si fuere el caso, de la existencia de la persona jurídica que representa, o que indique la oficina donde puede obtenerse, o que manifieste bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, no tener dicha representación. Si aquél no cumple la orden, se le impondrá multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales y se le condenará en los perjuicios que con su silencio cause al demandante. 3. Cuando se ignore por el demandante y su apoderado quien es el representante del demandado o el domicilio de éste, o el lugar donde se encuentre la prueba de su

También se aplica la inversión judicial por el principio de facilidad mediante la formulación de presunciones o de indicios a partir de la valoración de la conducta. Son ejemplos los casos donde no hay colaboración para aportar documentos al proceso o porque se presenta obstrucción al acceso de fuentes probatorias. La elaboración de una presunción o indicio permite a la parte perjudicada hacer uso de los principios de defensa y contradicción.

En la variación judicial de la carga de la prueba se hace uso de otro mal llamado principio: la disponibilidad⁶⁸⁰, que indica que tiene obligación de aportar la prueba quien la tiene en su poder. Esta regla de disponibilidad se desprende del principio de facilidad, ya que circunscribe la responsabilidad de aportación de parte a un círculo más estrecho: mayor disponibilidad material a la prueba, acceso exclusivo a las fuentes o también mejor soporte intelectual, por conocer el dato que hay que incorporar al proceso.

Esta tendencia a modificar parcial o totalmente la carga estática de la prueba tiene el objetivo de proteger a una de las partes por encontrarse en una posición que, a juicio del juez, es inferior a la de su contraparte. Puesto que actualmente no se le reconoce un supuesto jurídico racional, contradice abiertamente la regla general.

Esta inversión judicial, que sobredimensiona los poderes de instrucción, se denomina comúnmente “carga dinámica”, y se entiende como la potestad del juez para realizar nuevas reparticiones de responsabilidad, sin tener en cuenta el respeto por las reglas de la ley.

Surge esta tendencia judicial hacia una inversión por fuera de las reglas del legislador, al parecer, en el *common law*. En Estados Unidos no existe la regla de la carga de la prueba, pero se le permite al juez decidir sobre el caso concreto: es lo que se llama justicia del caso⁶⁸¹, en donde el juez puede atribuirle la carga a quien considere en el caso concreto.

El juez del *civil law* no puede autoatribuirse ese tipo de poderes, discrecionales, para distribuir y repartir las responsabilidades sobre la prueba en el proceso, porque violará abiertamente el principio de legalidad y de paso los principios de defensa y contradicción.

Frente a casos extremos, el juez tiene a su disposición todos los poderes de dirección y de instrucción. Desaplicar la norma para un solo caso específico que al juez le parece justo se convierte en una suplantación ilegítima del legislador, por violación de los principios y garantías constitucionales.

Cuando el juez favorece la posición de una de las partes, con la inversión de las reglas de la carga de la prueba, pone en duda su imparcialidad, porque vulnera abiertamente el principio de publicidad interna y externa. Variar las reglas de carga, en el momento de la decisión, es decir en la fase final del proceso, impide una buena comunicación dialéctica dentro del proceso y en consecuencia desdice de su legitimidad externa, porque la motivación y la argumentación jurídica de la sentencia se fundamentarán en criterios particulares, ordenados por el juez.

Si dentro de un ordenamiento jurídico se acuerda que este tipo de poder es importante para la función pública jurisdiccional, entonces se deben exigir unas medidas correctivas, para evitar la

representación, se procederá como dispone el artículo 318. Las afirmaciones del demandante y de su apoderado se harán bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación de la demanda, suscrita por ambos”. Art. 79: *Imposibilidad de acompañar la prueba de la calidad en que se cita al demandado*. “Cuando el demandante afirme que no le fue posible obtener la prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que cita al demandado, se procederá en la forma indicada en el artículo anterior”.

⁶⁸⁰ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 159: “Es un principio más limitado que el de facilidad. El principio de disponibilidad siguiendo a Asencio Mellado implica que la parte contraria a la que tiene la carga de probar, es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión de su contraparte”.

⁶⁸¹ TARUFFO. *La prueba, la verdad y la decisión judicial*, cit., p. 103: “Según estas teorías el juez, no tendría que decidir conforme a los hechos o al Derecho, sino conforme a características particulares del caso, características particulares de equidad o a veces incluso a las características individuales, usualmente con el propósito de reparar daños previos sociales causados a estas personas. Estas teorías irracionalistas pueden ser apreciadas incluso desde un punto de vista político o moral, pero cuando se trasladan al campo de la decisión judicial terminan favoreciendo formas de decisión arbitraria caso por caso; basado en características meramente individuales”.

vulneración de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales de defensa y contradicción. Se piensa, por ejemplo, en permitir acuerdos entre las partes y el juez, durante las primeras etapas procesales, donde se especifiquen las nuevas reglas probatorias y las probabilidades de defensa y contradicción.

También puede adoptarse una norma que permita que el juez advierta a las partes sobre la insuficiencia probatoria: en este sentido, como expone ABEL, la intervención debe ser: “1) Eventual, sujeta a la constatación de insuficiencia, por tanto el juez deberá efectuar un juicio de ponderación sobre el resultado de las pruebas propuestas a modo de juicio indiciario y pendiente de la práctica de la mayor parte de pruebas. 2) Indicativa. Su finalidad es permitir al juez poner de manifiesto la insuficiencia probatoria. No corregir, subsanar o enmendar las pruebas propuestas por las partes. La indicación debe ser individualizadora del hecho afectado, no de la prueba propuesta. 3) Progresiva. Extendiéndose al hecho o a los hechos concretos”⁶⁸².

Con estos correctivos, se puede generar suficiente seguridad jurídica sobre las reglas que informan un determinado proceso y se evitan regulaciones sorpresivas que pueden llegar a ser inconstitucionales.

En España se argumenta a favor de esta tendencia “dinámica”, afirmando que la sorpresa se evita cuando se conoce previamente el precedente judicial. En este sentido, ABEL⁶⁸³, equivocadamente, sostiene que con la información de los precedentes no hay tal “violación porque a priori las partes pueden saber casi con absoluta seguridad cómo se aplicará la distribución de las cargas probatorias”.

Este es un argumento discutible por lo menos desde dos perspectivas: la primera es que el precedente en los ordenamientos del *civil law*, entre los que está el derecho colombiano, es una institución sin fuerza vinculante obligatoria, al igual que en el derecho contemporáneo tampoco lo es, según TARUFFO, para el sistema del *common law*⁶⁸⁴. En este sentido, el precedente o *ratio decidendi* que se encuentra en las sentencias de las altas cortes toma su fuerza de los “argumentos de autoridad”.

La segunda perspectiva que da cuenta de la fragilidad de esta tendencia es la imposibilidad física de conocer con certeza y claridad los precedentes. En los países de Latinoamérica, las altas cortes emiten sentencias en gran volumen y cambian permanentemente de posición jurídica frente a casos similares. Hasta el momento no se ha podido superar la carencia de archivos temáticos y numéricos fácilmente consultables, ni la elaboración difusa y confusa de los precedentes en las sentencias.

C. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la carga de la prueba

La Corte Constitucional sigue el concepto de carga estática de la prueba; así lo señala al aclarar que la exigencia de pruebas no vulnera la presunción de buena fe. Sostiene, con la doctrina, “que las

⁶⁸² ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 135- 137.

⁶⁸³ Ibíd., pp. 142-145: “Existe una posibilidad de inseguridad jurídica para las partes y de indefensión (Cabañas/Taruffo), pero esta es salvable si el abogado conoce la jurisprudencia aplicable a cada caso concreto por medio del precedente judicial que “permite saber, a priori, con casi total seguridad, si será o no aplicado el principio de facilidad probatoria”.

⁶⁸⁴ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 194: “[...] no implica que el precedente deba cristalizarse en una regla de juicio fija e inmutable para todo caso sucesivo. Aun los ordenamientos que se han inspirado históricamente en la versión más rigurosa del *stare decisis*, han conocido siempre el fenómeno del *overruling*, y por lo demás ningún juez americano o inglés está en realidad dispuesto a aplicar pasivamente un precedente que considere injusto o superado. En general, por otra parte, la fuerza del precedente depende de su autoridad y no de su eficacia formalmente vinculante. Aun cuando se trate del precedente de cortes que están en el vértice del ordenamiento, no se excluye jamás la posibilidad de que un juez de inferior categoría oriente de modo distinto su decisión”.

reglas sobre la carga de la prueba operan como reglas de distribución procesal en la demostración de los hechos”⁶⁸⁵. Con base en estas reglas, cada parte tiene la facultad de acercarse a los medios de prueba desde dos perspectivas: la de aportar y solicitar aquellas pruebas que apoyan su causa –en esta perspectiva asume las consecuencias de su inacción o de sus desaciertos– y la de conocer y contradecir las que pretenden oponerse en su contra.

La Corte Constitucional analiza el tema de las inversiones y admite las variaciones por vía de ley, por vía de presunciones o indicios. Esta posición se fundamenta en criterios de facilidad y proporcionalidad, y de acuerdo con las normas de la lógica y la experiencia.

Con base en estos preceptos y en el principio de necesidad de la prueba, la Corte estudia la buena fe en relación con las cargas probatorias:

Establece que el principio constitucional⁶⁸⁶ se concibe como un “deber en el que se encuentran las autoridades de presumir la buena fe en todas las actuaciones de los particulares”⁶⁸⁷. Por ello el principio de buena fe no es incompatible con la exigencia de pruebas a las partes dentro del proceso, ya que la buena fe es una garantía constitucional, que no se aplica en la relación procesal, porque en ella las partes actúan en un plano de igualdad. “La buena fe se presume para ambos extremos de la litis y en consecuencia no libera al pretensor de la carga de la prueba en relación con sus pretensiones ni al resistente en lo referente a sus excepciones”⁶⁸⁸.

Para la Corte, la buena fe es también un principio que se desarrolla válidamente por la ley: por eso en la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del artículo 156⁶⁸⁹ del Código de Procedimiento Civil, esta corporación decidió declarar exequible la norma demandada, explicando la diferencia entre las causales de recusación objetivas y las subjetivas y aduciendo que la presunción de buena fe es posible en las primeras por tratarse de un hecho objetivo demostrable fácilmente por medios probatorios. En relación con las causales subjetivas, aclara que “sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad”⁶⁹⁰.

La inversión de las reglas de la carga de prueba, que el legislador autoriza mediante la presunción, permite al juez un marco de acción extenso, porque le permite “reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos”⁶⁹¹.

La existencia de presunciones, sostiene la Corte, es un asunto que toca de lleno con el aspecto probatorio de determinado supuesto de hecho. En efecto, al probarse los antecedentes o circunstancias, conocidos, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción. Así pues, a quien favorece una presunción sólo le corresponde demostrar estos antecedentes o circunstancias y la ley infiere de ellos la existencia del hecho presumido y del derecho consecuente. A la parte contraria le corresponde demostrar la inexistencia del hecho que se presume si la presunción es de

⁶⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁶⁸⁶ Constitución Política de Colombia, art. 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.

⁶⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-540/95 del 23 de noviembre de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

⁶⁸⁸ ÍD. Sentencia C-023/98 del 11 de febrero de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

⁶⁸⁹ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 156: “Cuando una recusación se declare no probada y se disponga que hubo temeridad o mala fe en su proposición, en el mismo auto se condenará al recusante y al apoderado de éste, solidariamente, a pagar una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la investigación disciplinaria a que haya lugar”.

⁶⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-390/93 del 16 de septiembre de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁶⁹¹ ÍD. Sentencia C-669/05 del 28 de junio de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

derecho, o de los antecedentes o circunstancias de donde se infirió, si la presunción es simplemente legal⁶⁹².

La Corte Constitucional sostiene así que las presunciones establecidas por el legislador no pueden considerarse como violatorias del debido proceso, y mucho menos del derecho de defensa siempre que sean razonables –es decir, que respondan a las leyes de la lógica y de la experiencia–, que persigan un fin constitucionalmente valioso y que sean útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas para alcanzar el mencionado fin.

En este sentido, declara exequible la regla del legislador que al “presumir el dolo, lo que hace simplemente es exonerar de la carga de la prueba a quien pretenda alegar este vicio del consentimiento, por verificarse la ocurrencia externa de los hechos, circunstancias o antecedentes que comportan la conducta dolosa y representan maniobras mediante las cuales se logra el engaño o la intención positiva de inferir daño a otro o a sus bienes. Opción que deberá analizarse en cada caso en función de la protección de bienes jurídicos que el Legislador estime necesario proteger, así como de la razonabilidad y proporcionalidad de la presunción así establecida”⁶⁹³.

También estudia la Corte la variación de la prueba en contrasentido de la legalidad de la forma, en el procedimiento de restitución de inmueble por arrendamiento. Decide que la prueba del hecho indefinido⁶⁹⁴ es compleja y que “por la calidad indefinida de la negación –no pago–, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos”⁶⁹⁵.

En sentido similar se pronuncia cuando estudia la causal de falta de pago⁶⁹⁶, ratificando la razonabilidad de la variación en la carga probatoria en relación con los fines buscados por el legislador. Por ello sostiene:

Es de meridiana claridad que la exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. Este podrá ser oído y actuar eficazmente en el proceso, en el momento que cumpla con los requisitos legales, objetivos y razonables, que permiten conciliar los derechos subjetivos de las partes con la finalidad última del derecho procesal: permitir la resolución oportuna, en condiciones de igualdad, de los conflictos que se presentan en la sociedad⁶⁹⁷.

⁶⁹² Ídem.

⁶⁹³ Ídem.

⁶⁹⁴ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 424 parágrafo 1: “En el caso del artículo 2035 del Código Civil, la demanda deberá indicar los cánones adeudados y a ella se acompañará la prueba siquiera sumaria de que se han hecho al arrendatario los requerimientos privados o los judiciales previstos en la citada disposición, a menos que aquél haya renunciado a ello o que en la demanda se solicite hacerlos”.

⁶⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-070/93 del 25 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁶⁹⁶ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 424 parágrafo 2 inciso 2: “Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél”.

⁶⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-056/96 del 15 de febrero de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA. En igual sentido, el tema fue tratado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-122/04 del 17 de febrero de 2004, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Y advierte que los operadores jurídicos y los accionantes por inconstitucionalidad deben entender que la interpretación de las leyes es holística, porque “una interpretación semántica como la adoptada por el accionante de inconstitucionalidad plantea el cuestionamiento de si el legislador está facultado para exigir, además de los constitucionales, otros requisitos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales [...] se resuelve, no obstante, a favor de la norma acusada, por estar plenamente justificada la determinación de imponer ciertas cargas probatorias al demandado, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto”⁶⁹⁸.

Esta apreciación, amplia, de la Corte cambia cuando estudia la constitucionalidad de la restricción a la entrega en la restitución del inmueble arrendado⁶⁹⁹, cualquiera que sea la causal invocada, hasta que presente prueba de que se encuentra al día en el pago de los servicios, cosas o usos conexos y adicionales.

La Corte declara la inexequibilidad de la norma y “resalta que el Legislador puede adoptar medidas para proteger a los arrendadores, y en general a los acreedores dentro de las relaciones de derecho privado, puesto que con ello se materializan múltiples mandatos constitucionales [...] en este caso [...] algunas de las características de su diseño contrarían, como se vio, las disposiciones de la Carta, por ser limitaciones irrazonables y desproporcionadas del derecho de defensa de los arrendatarios, dado que no podrán ser oídos de no cumplir con la carga”⁷⁰⁰.

Un caso de presunción, que altera las cargas probatorias, lo autoriza el legislador para establecer la capacidad económica a favor del menor que requiere alimentos. El legislador entiende que para efectos de definir la pensión alimenticia, “si no fuere posible determinar la capacidad económica del alimentante, el juez podrá presumir que devenga, al menos, el salario mínimo legal”⁷⁰¹.

En este contexto, la Corte indica:

La razonable correspondencia entre la experiencia –reiterada y aceptada–, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta⁷⁰².

La inversión de las reglas sobre la carga de la prueba, sostiene la Corte, no es contraria al principio de legalidad que informa el debido proceso. Ella se encuentra preestablecida en la ley y por tanto cumple con el principio de la legalidad de las formas propias de cada juicio.

D. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la carga de la prueba

⁶⁹⁸ Id. Sentencia C-056/98 del 4 de marzo de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁶⁹⁹ Al respecto, el artículo 37 de la Ley 820 de 2003.

⁷⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-886/04 del 14 de septiembre de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁷⁰¹ Decreto 2737 de 1989, art. 155.

⁷⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-388/00 del 5 de abril de 2000, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Al abordar el estudio de la jurisprudencia en el Consejo de Estado, se hace evidente la evolución que jurisprudencialmente se ha dado en torno a la carga de la prueba. Se advierte un cambio paulatino a la regla del legislador, según la cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen. Este cambio es más evidente en los procesos sobre responsabilidad médica.

Inicialmente el Consejo de Estado afirma, de acuerdo con los artículos 1757 del Código Civil colombiano y 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano, que es al actor a quien fundamentalmente le corresponde probar los hechos que alega, aclarando que “en el moderno derecho procesal, cuando se habla de carga de la prueba no se está significando quién debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quién no cumplió con el deber sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo quién tiene interés jurídico en que resulte demostrado un determinado hecho”⁷⁰³.

Dentro de este mismo contexto establece el Consejo de Estado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que lo hará únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio. Reconoce, además, que no sucede lo mismo al determinar si esa negligencia o descuido debe demostrarse o si resulta inferida de la presencia de la falla misma; por esto plantea que “el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Ésta, entonces, tendrá la carga”⁷⁰⁴.

De esta forma, el problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados.

Respecto de la falla probada, la Sala⁷⁰⁵ consideraba que el nexo causal entre el daño y la actividad de la administración debía aparecer debidamente acreditado puesto que tal nexo no se presume. En reconocimiento de la dificultad que surge, en no pocas ocasiones, para lograr tal prueba, admite “que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”⁷⁰⁶.

De ahí que, en una reclamación por responsabilidad extracontractual del Estado, por una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias estatales, en principio le correspondía al interesado probar los extremos de tal responsabilidad. El demandante debía probar la existencia del daño antijurídico y su imputabilidad a la parte demandada⁷⁰⁷.

Posteriormente, esta obligación se redujo por razones de equidad. Inicia así el régimen conocido como de la “falla del servicio presunta”, según la cual “debe ser la entidad demandada quien asuma la carga probatoria, porque en razón de las especiales características del hecho, a ella le resulta más fácil aportar los medios de prueba mientras que para el demandante representa una

⁷⁰³ Consejo de Estado. Sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902, M. P.: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.

⁷⁰⁴ Ídem.

⁷⁰⁵ ÍD. Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁷⁰⁶ ÍD. Sentencia del mayo 11 de 2006, exp. 14.400, M. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia del 1.º de julio de 2004, exp. 14.696, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, y sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. 12.655, M. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

⁷⁰⁷ ÍD. Sentencia del 13 de julio de 2005, exp. 13.542, M. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

petición excesiva, es el típico caso de los procedimientos quirúrgicos, que se adelantan a puerta cerrada en salas a las que sólo ingresa el personal autorizado y el paciente que no está en condiciones de enterarse de nada de lo que allí suceda”⁷⁰⁸.

En este sentido, considera el Consejo de Estado que “la responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, ha sufrido varias modificaciones; inicialmente, se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada [...] hasta que en 1992 la jurisprudencia de la Sala consideró que no podía dársele el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos”⁷⁰⁹.

Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial sigue la ruta de la falla probada del servicio, cuando se trata de establecer una responsabilidad médica, por actuación del profesional de la medicina en diagnóstico, tratamiento y procedimientos quirúrgicos, la jurisprudencia asume que se aplica la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento “falla”.

El Consejo de Estado presume la falla y exige al demandante únicamente probar el daño y su nexo con el servicio. Una vez acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le corresponde a la entidad demandada acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia⁷¹⁰. La defensa se dirige a probar que no hubo falla del servicio, o a romper el nexo causal mediante la acreditación de una causa extraña, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

La teoría de la falla presunta es posteriormente cuestionada por el Consejo de Estado: la Sala sostiene que no en todos los casos se puede aplicar una presunción, que ya por sí misma corresponde a una variación de las cargas probatorias. En busca de unas reglas más flexibles y adecuadas al caso concreto, se acerca a la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Es así como la Sala establece: “Habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁷¹¹.

Por ello el Consejo de Estado decide que es más adecuado al derecho contemporáneo “aplicar la teoría de la carga dinámica de las pruebas, ya que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia”⁷¹².

El Consejo de Estado considera que las cargas dinámicas responden de mejor manera a la función pública jurisdiccional, y en consecuencia al juzgador le sigue una tarea más exigente, porque “debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión”⁷¹³.

⁷⁰⁸ Ídem.

⁷⁰⁹ ÍD. Sentencia del mayo 11 de 2006, exp. 14.400, M. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14.786, M. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; ÍD. Sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6857, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

⁷¹⁰ ÍD. Sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902, M. P.: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.

⁷¹¹ ÍD. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 12.506, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia del 14 de febrero de 1992, exp. 6477, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

⁷¹² ÍD. Sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14.786, M. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia del 14 de junio de 2001, exp. 11.901, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁷¹³ ÍD. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 12.506, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Si bien es cierto que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial está a cargo de la parte demandante, puede acontecer que le resulte “extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de procedimiento civil [...] por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”⁷¹⁴.

“En muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.”⁷¹⁵

Las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica, que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a reducir el deber probatorio, también se estudian con respecto a la relación de causalidad.

Sobre la relación de causalidad, el Consejo de Estado ha sostenido que resulta imposible esperar certeza o exactitud, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, sino por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación. Por ello afirma que “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”⁷¹⁶.

No obstante, exige el Consejo de Estado: “En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa”⁷¹⁷.

En materia del servicio médico es factible, atendiendo a criterios de facilidad, efectuar una inversión de la carga de la prueba acorde con la cual ya no corresponderá al actor probar la falla para la configuración de la responsabilidad del demandado, sino que será este quien ha de probar diligencia y cuidado, sin que por ello haya lugar a afirmar que el ejercicio de la medicina constituye una actividad peligrosa, toda vez que para la exoneración no se exige la demostración de una causa extraña sino que bastará la prueba de diligencia y cuidado⁷¹⁸.

La Corte Suprema de Justicia, al estudiar el tema de la prueba de la falla médica y la relación causal, se aparta de la posición del Consejo de Estado.

La Sala de Casación Civil de la Corte, mediante sentencia proferida sobre el expediente 5507⁷¹⁹, hace un recuento de las decisiones que al respecto ha adoptado el Consejo de Estado.

En su decisión la Corte afirma que la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante y descarta la aplicación de la presunción de culpa en contra del profesional médico. Considera la Corte que el riesgo que generan los actos médicos y

⁷¹⁴ ÍD. Sentencia del 1.º de julio de 2004, exp. 14.696, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁷¹⁵ ÍD. Sentencia del 10 de junio de 2004, exp. 25.416, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia del 21 de febrero 2002, exp. 12.818, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; ÍD. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 12.506, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; ÍD. Sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6857, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

⁷¹⁶ ÍD. Sentencia del 10 de junio de 2004, exp. 25.416, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

⁷¹⁷ Ídem. En el mismo sentido, ÍD. Sentencia del 22 de marzo de 2001, exp. 13.284, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

⁷¹⁸ ÍD. Sentencia del 30 de julio de 1993, exp. 8025, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

⁷¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-001/01 del 30 de enero de 2001, exp. 5507. M.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

quirúrgicos no debe ser adjudicado al personal médico con base en presunciones, en razón de “los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen antológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina”⁷²⁰

IV. LAS POSIBILIDADES DE INFLUIR

EN EL DESARROLLO Y EL ÉXITO DEL PROCESO

VERSUS EL DEBER DE COLABORACIÓN ACTIVA DE LAS PARTES

El proceso fortalece su legítimidad social cuando se vincula con la búsqueda del valor justicia. De ahí que hoy los jueces tengan una nueva dinámica; no en vano se llama generalmente al poder jurisdiccional la administración de justicia.

No obstante, esta legitimidad social del proceso parece más sustentable con un juez que, más que Hércules⁷²¹, sea un Hermes⁷²², el dios más amistoso con los hombres, una figura mitológica que se adapta a las funciones contemporáneas del juez, como director del proceso, en sentido formal y material.

El juez HERMES⁷²³ se comporta como un gran comunicador, tiene las cualidades de apertura que requiere el director del proceso para darle una perspectiva dialógica, en desarrollo del principio de publicidad: interna y externa.

Esta es la visión que se desprende del principio democrático⁷²⁴ y que en el derecho corresponde a un proceso fundado en garantías constitucionales⁷²⁵.

El principio democrático en el proceso jurisdiccional entroducía una red de conectores con los derechos fundamentales que integran el debido proceso, y con las garantías constitucionales, todas ellas dirigidas a dar a los sujetos procesales una condición digna. Las partes se reconocen en todo momento como sujetos interlocutores.

Por ello en el proceso dialógico se busca que las partes puedan alcanzar una posición que les permita influir en el desarrollo y resultado de aquel. A los sujetos procesales se les reconoce el derecho a interactuar en todas las etapas procesales, y en especial a interactuar en la elaboración de los elementos que componen la decisión final.

El verdadero objeto del proceso jurisdiccional, retomando a TROCKER⁷²⁶, es la participación, por

⁷²⁰ Ídem.

⁷²¹ RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁷²² GONZÁLEZ. *La hermenéutica*, cit., p. 18: “Hermes para los griegos, Mercurio para los latinos [...] maestro de la persuasión, guía de las almas, preceptos de Asclepio, dios de la medicina, padre de la alquimia, dios del comercio, señor de los caminos [...] el dios más amistoso con los hombres”.

⁷²³ *Ibíd.*, p. 19: “Al ser negado el acceso a los oráculos, a Hermes también se le negó la virtud de predecir la verdad; la verdad no es asunto de Hermes, por tanto no tiene nada que ver con lo que es falso o cierto, mas sí con las relaciones analógicas, con las conexiones, con las paradojas: peligro y protección, terror y confianza, certeza y extravío, pérdida y ganancia, malicia y benevolencia, muestra el camino y puede descarriarse, anuncia notables silencios que invaden las conversaciones más animadas; en este estado de dicotomías no hay separación ni ruptura, lo absoluto nada tiene que ver con Hermes; su esencia es la libertad y el brillo, en consecuencia es un dios fundamentalmente no autoritario”.

⁷²⁴ FERRAJOLI. *El Estado constitucional*, cit., p. 22: “Los horrores de estos regímenes [fascismo, nazismo y stalinismo], han enseñado que la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separación y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen y se pone en peligro la democracia cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, se acumulan, o peor aún, se confunden en formas absolutas”.

⁷²⁵ *Ibíd.*, p. 22: “Este complejo sistema de vínculos y equilibrios no es otra cosa que el derecho, y más precisamente la Constitución, que debe ser reconocida como la principal garantía de la democracia”.

⁷²⁶ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 371: “Il principio di partecipazione determina così la vera ragion d’essere e lo scopo dell’audizione. Ne consegue una prima importante indicazione: l’obiettivo principale della garanzia in esame non é la difesa intesa in senso

medio de la cual se llega a la garantía de la defensa no como oposición o resistencia de la acción, sino como influencia. De esta forma la participación, significa tener el derecho o la posibilidad de incidir activamente en el desarrollo y éxito del juicio. De todo esto resulta un cambio de paradigma en el proceso.

Se ha sostenido que el proceso civil contemporáneo ha variado sus fines, de exclusivamente privatistas que eran, hacia una composición mixta en la cual el proceso se compromete con los fines públicos del Estado social de derecho. Si esto es así, existe un vínculo directo entre el proceso civil y la filosofía social del Estado.

Este componente social implica la resignificación de las facultades de las partes que se desprenden en un sistema dispositivo. En efecto, por un lado, se incrementan los poderes de dirección e instrucción que se le han asignado al juez en el proceso; pero, por el otro, con respecto a las partes, se disminuye su posibilidad de control sobre el litigio, pero se incrementan los derechos y las garantías constitucionales. Estas nuevas relaciones público-privadas igualmente dan un nuevo sentido a los principios de legalidad y de publicidad, que gestan una serie de cambios dentro del proceso.

El derecho de las partes a tener una posición que les permita influir en el éxito del proceso y especialmente en la decisión, es directamente proporcional al desarrollo del principio de publicidad que se desprende del derecho a un proceso dialógico. Este derecho encuentra fundamento en las garantías constitucionales.

Las primeras garantías constitucionales que sirven a este propósito son la efectividad de los principios y la participación que se reconoce a los ciudadanos en los procesos que les puedan afectar. Tales garantías se encuentran incluidas en los fines esenciales del Estado, que entre otros son: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan [...]”⁷⁷.

Al interpretar esta garantía, es plausible afirmar que el juez tiene un imperativo constitucional: permitir a las partes la posibilidad de intervenir activamente en el desarrollo de todas las etapas del proceso, que es público. Así mismo, esta norma de la Constitución también concede a las partes el derecho a participar activamente en la decisión judicial.

La decisión está compuesta por múltiples elementos inferenciales. Algunas inferencias surgen del elemento fáctico, otras de la prueba y otras más de la elección de las reglas jurídicas.

Las inferencias sobre los hechos inician cuando la parte inserta en el proceso las afirmaciones, esto es, los hechos con relevancia jurídica: este es un límite importante para la actividad judicial; no obstante se le permite, en el derecho contemporáneo, intervenir cuando encuentra fraude o colusión.

Las inferencias que se realizan sobre los medios de prueba tienen varios momentos procesales. Uno de ellos es el juicio de relevancia, mediante el cual el juez determina la aptitud, la utilidad, la pertinencia y, en especial, la legalidad de la prueba arrimada al proceso. Con este juicio de relevancia y mediante un auto interlocutorio, el juez ordena la aducción de la prueba en el proceso. Las partes, en garantía del derecho de contradicción, tienen posibilidad de discutir, por medio de los recursos de reposición y apelación, las irregularidades que perciban en el juicio de relevancia sobre la prueba que han solicitado.

negativo ossia come opposizione o resistenza all'agire altrui, bensì la 'influenza' intesa come *Mitwirkungsbefugnis* (Zuener) o *Einwirkungsmöglichkeit* (Baur), ossia come diritto o possibilità di incidere attivamente sullo svolgimento e sull'esito del giudizio”.

⁷⁷ Constitución Política de Colombia, art. 2.º: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Otro momento procesal que se forma mediante inferencias es la enunciación del juicio de valoración. Este juicio lo debe realizar el juez respecto de cada medio de prueba en forma independiente, tanto en relación con la prueba que considere fundante de su decisión como en relación con aquella que considere irrelevante. Luego, el juicio de valoración en conjunto lo formula el juez respecto de toda la prueba admitida como confirmatoria de los hechos.

Un momento final, que se formula también con inferencias jurídicas, tiene que ver con la regla jurídica para la solución del caso. El juez deberá elegir, desde el ordenamiento jurídico complejo, las normas que le son útiles para la decisión. Con ellas se formula la regla jurídica. Las partes también tienen derecho a participar en esta formulación del derecho, en un momento procesal anterior a la decisión judicial; de tal forma podrá aportar sus propios argumentos para la decisión, que finalmente es potestad del juez. Este derecho tiene su génesis en el derecho de publicidad interna y se insinúa como correspondiente a un sistema cada vez más complejo.

Una decisión que contenga elementos de la decisión ocultos a la discusión de las partes o monopolizados por el juez transgrede los principios de publicidad y de legalidad. La Corte Constitucional comparte este criterio⁷²⁸ cuando sostiene:

El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas⁷²⁹. Es condición para la existencia de los empleos públicos, que existan las funciones detalladas en ley o reglamento⁷³⁰, y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos según la interpretación de los artículos 6⁷³¹ y 90⁷³² de la Constitución. Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley⁷³³, principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.

El derecho a influir en el éxito del proceso y de la decisión surge, así, de la efectividad de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, como parte integral y sistémica del ordenamiento jurídico.

Se debe tener en cuenta el mandato que al respecto, y sin lugar a restricción, contiene el artículo 2.º de la Constitución: se debe “facilitar la participación de todos en las decisiones que los

⁷²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-079/93 del 26 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁷²⁹ Constitución Política de Colombia, art. 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

⁷³⁰ Ibíd., art. 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

⁷³¹ Ibíd., art. 6: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

⁷³² Ibíd., art. 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

⁷³³ Ibíd., art. 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familia, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

afecten”⁷³⁴.

A. Análisis de la jurisprudencia que permite inferir el derecho democrático a influir en el desarrollo y éxito del proceso

El derecho a tener un proceso dialógico implica el pleno desarrollo de los principios de legalidad y de publicidad, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional⁷³⁵.

Una violación a estos preceptos generalmente produce decisiones con el carácter de vía de hecho, las cuales pueden ser objeto de la acción de tutela⁷³⁶, “porque lo que el juez decide, debe estar conforme al ordenamiento legal pero, especialmente debe integrar y respetar los principios constitucionales”.

La vía de hecho puede estar representada por inadecuación en los hechos, o en la prueba. La Corte reconoce que “la práctica de todas las pruebas que sean menester para ilustrar el criterio del juez y su pleno conocimiento, ponderación y estudio, así como las posibilidades ciertas de objetarlas, contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho”⁷³⁷.

“De allí resulta, sin duda, que los defectos del análisis probatorio, o la ausencia total del mismo, no menos que la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso y constituyen irregularidades de tal magnitud que representan vías de hecho [...] el fallador que se aparta del material probatorio, que no lo evalúa en su integridad, o que lo ignora, plasma en su sentencia su propia voluntad y no la de la justicia ni la de la ley. Decide de facto y quebranta, en consecuencia, los fundamentos esenciales del orden jurídico”⁷³⁸.

Desde esta perspectiva, se hace defendible que la falta absoluta de incidencia de las partes en la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, como un sistema complejo que es, atenta contra la garantía de idoneidad del proceso para cumplir las finalidades públicas del Estado social de derecho.

Es claro que “en cumplimiento de la función de administrar justicia el juez aplica la ley según su criterio, y examina el material probatorio, [pero] ello no puede dar lugar a que se considere en forma errónea y contraria a los principios constitucionales”⁷³⁹. Pero lo que se discute es que las partes deben tener un espacio adecuado, antes de la enunciación de la sentencia, para discutir la regla jurídica, de la misma forma que lo tienen para discutir la coherencia del *factum*, o la utilidad, pertinencia y conducencia de las pruebas.

No se pone en juicio que corresponde a la función judicial el *ius dicere*; se discute la elaboración de la solución jurídica a manera de soliloquio por parte del juez. Especialmente, cuando se considera el ordenamiento jurídico como un sistema integrado y complejo “donde el juez deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas,

⁷³⁴ Ibíd., art. 2.º.

⁷³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-079/93 del 26 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁷³⁶ ÍD. Sentencias T-336/95 del 31 de julio de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA; T-416/95 del 20 de septiembre de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA; T-382/03 del 9 de mayo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; y T-056/05 de enero 31 de 2005, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

⁷³⁷ ÍD. Sentencia T-100/98 del 24 de marzo de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

⁷³⁸ Ídem.

⁷³⁹ ÍD. Sentencia T-133/96 del 28 de marzo de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado”⁷⁴⁰.

Debe considerarse que entre los hechos, la prueba y el ordenamiento jurídico hay una relación inescindible, de tal suerte que las variaciones abruptas de las reglas probatorias o la distorsión de la situación fáctica que sustenta el proceso imponen una regla jurídica de muy diversa índole.

Así lo reconoce la Corte, allí donde afirma que la deformación de la norma puede generarse cuando: “1. Se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o 2. En el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o 3. En la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico)”⁷⁴¹.

Sostiene así la Corte que “los hechos, antes que en el proceso, acaecen en la realidad social [...] Su relevancia jurídica depende, además, de los medios legales de prueba utilizados para su incorporación en el proceso”⁷⁴². De ahí que se establezca un medio razonable para que el juez llegue a la convicción requerida para fallar: por eso, “en Colombia impera el criterio de la persuasión racional del juez, que constituye una armonía perfecta entre lo objetivo y lo subjetivo, superando así los criterios exagerados de objetivismo de la ‘tarifa legal’ y del subjetivismo extremo de la íntima convicción”⁷⁴³.

Así, entonces, “la importancia de las formas jurídicas propias del juicio justifica el carácter de orden público de las disposiciones procesales (CPC art. 6). De su cumplimiento depende la efectividad de los derechos subjetivos de la persona”⁷⁴⁴.

De esta manera y en protección de las garantías constitucionales de las partes, “lo que el juez hace o exige debe estar conforme a la ley y a la determinación del derecho. Según esto, hay que pronunciarse judicialmente de conformidad con lo que en el proceso se propone y se prueba, todo bajo el imperio de la ley, que es la que faculta taxativamente a la autoridad judicial para actuar dentro del proceso. Luego el juez debe proceder según estos criterios y no según su propio arbitrio”⁷⁴⁵.

Reitera la Corte que la “independencia judicial no se agota en vedar injerencias extrañas a la función judicial, de manera que ella se pueda desempeñar con autonomía, objetividad e imparcialidad; alude, también, a la necesaria relación de obediencia que en todo momento debe observar el juez frente al ordenamiento jurídico, el cual constituye, como lo expresa la Constitución, la fuente de sus poderes y su única servidumbre”⁷⁴⁶.

“La vinculación que los órganos del Estado deben al derecho [...] se endereza a garantizar el respeto al debido proceso (CP art. 29) y el derecho de acceso a la justicia (CP art. 229). Gracias a estos dos derechos medulares toda persona puede acudir ante un juez con miras a obtener una resolución motivada ajustada a derecho y dictada de conformidad con el procedimiento y las

⁷⁴⁰ ÍD. Sentencia C-083/95 del 5 de mayo de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁷⁴¹ ÍD. Sentencia T-189/03 del 5 de marzo de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁷⁴² ÍD. Sentencia C-070/93 del 25 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁷⁴³ ÍD. Sentencia T-336/95 del 31 de julio de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA. En el mismo sentido, la Sentencia T-1026/03 de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁷⁴⁴ ÍD. Sentencia C-070/93 del 25 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁷⁴⁵ ÍD. Sentencia T-158/93 del 26 de abril de 1993, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA. En el mismo sentido, las sentencias C-224/94 del 5 de mayo de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, y T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁷⁴⁶ ÍD. Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. En este mismo sentido, la Sentencia T-025/01 del 18 de enero de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

garantías constitucionales previstos en la Constitución y en la ley”⁷⁴⁷.

Todos estos principios y garantías constitucionales se traducen en el derecho a influir en el éxito del proceso y de la decisión judicial.

B. El deber de colaboración activa de las partes

En el proceso dialógico se vinculan juez y partes con la corrección del proceso, fundado éste en dos principios estructurales: el derecho de legalidad y el de publicidad. Sin embargo, el incremento de los derechos y garantías fundamentales genera un incremento importante en los deberes y obligaciones que las partes deben cumplir con la función jurisdiccional⁷⁴⁸.

Deberes y obligaciones constitucionales⁷⁴⁹ tales como: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y defender y difundir los derechos humanos, se compaginan con el deber constitucional y legal de hacer buen uso de la función jurisdiccional.

La función del abogado en el proceso supone una nueva forma del ejercicio profesional, ya no basada en actividades de convencimiento hacia juez⁷⁵⁰ para materializar los intereses de sus clientes. En el debate procesal se fortalece el principio de moralidad procesal, que desarrolla la lealtad, la buena fe y la conducta debida.

La interacción que se produce en el proceso, con los nuevos roles del juez y la amplitud en las garantías constitucionales para las partes, a partir del derecho al *debido proceso*⁷⁵¹, implica que se fortalezca el principio que la doctrina ha formulado en el derecho procesal como “principio de moralidad”⁷⁵².

⁷⁴⁷ ÍD. Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁷⁴⁸ Constitución Política de Colombia, art. 95: “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y el ciudadano [...] 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

⁷⁴⁹ Ibíd., art. 95: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

⁷⁵⁰ TARUFFO. *La prueba la verdad y la decisión*, cit., p. 108: “En el proceso, los abogados no son investigadores neutrales de la verdad, son personas que para poder persuadir al juez de un Estado mental que lo lleve a decidir a favor de su cliente, tienen en muchos casos que esconder la verdad. En ese sentido los abogados utilizan las pruebas como herramientas o instrumentos retóricos, se trata de una concepción de la prueba o de la verdad que es ilustrada en películas de televisión. Es importante notar que el uso retórico de la prueba tiene problemas, como que la persuasión o el grado de convicción no sean o no coincidan con la verdad epistémica, y dado que hay una divergencia epistémica entre persuasión y verdad debemos rechazar las teorías persuasivas de la función de la prueba”.

⁷⁵¹ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 6: “El debido proceso conoce una larga tradición en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo y, en general, como un principio básico de la organización de cualquier sociedad. En la tradición occidental, de corte judeocristiano, sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas como, por ejemplo, la celebrísima conversación entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra -en donde ya aparecen los principios del juez imparcial, la intermediación procesal, el derecho de contradicción y los principios de justicia, legalidad y equidad- o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el Antiguo Testamento y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben en ellos cualquier atisbo de corrupción, instan a la rectitud y al predominio de los principios de igualdad, intermediación e igualdad, e instituyen reglas sobre pruebas tales como la prueba pericial o el testimonio, así como establecen la presunción de inocencia”.

⁷⁵² QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 110, 113 y 412.

Este principio sería más preciso si se edificara sobre la ética, porque la moralidad es un conjunto de reglas de conducta interiorizadas por el hombre en un contexto cultural, contiene unas sanciones no coercibles, como el descrédito social; en tanto que la ética son las obligaciones del hombre para con la sociedad y su falta produce sanciones coercibles; ejemplo de estas conductas contra la ética están en los estatutos profesionales, que pueden generar exclusión de la profesión.

Las reglas que desarrollan el principio de moralidad, son parte integral del debido proceso, porque, como lo ha expuesto la Corte, “las formas del debido proceso [...] buscan desarrollar la igualdad de las partes”⁷⁵³, y las formas del proceso se materializan en actos y conductas.

Por ello, hacen parte del fortalecimiento de los deberes-obligaciones de las partes para con el proceso y para con la función jurisdiccional las inversiones legítimas de la carga de la prueba, que autoriza el legislador mediante indicios o por presunciones en contra de la conducta.

Se alude a la inversión de la carga procesal por la valoración de la conducta omisiva, oclusiva y mendaz en el proceso civil y sus consecuencias⁷⁵⁴. Un tema que contiene grandes dificultades para los jueces, pues éstos, en la puesta en práctica de la carga, deben observar una técnica adecuada y respetar los derechos constitucionales de las partes.

Se sostiene que hace parte de los poderes de dirección y de instrucción del juez en el proceso civil la posibilidad de valorar conductas realizadas por las partes en detrimento de las etapas procesales o del correcto recaudo de las pruebas.

Las conductas desobligantes y altaneras, en contra del juez, de los funcionarios del despacho o de la contraparte cuando se está en una audiencia pública, afectan la buena marcha del proceso, porque entorpecen sus etapas, el orden y el respeto debido, y causan retrasos generalmente injustificados. Estas conductas son controladas por el juez mediante los poderes de dirección y producen a las partes sanciones económicas o a veces disciplinarias.

Las conductas que enseña MUÑOZ⁷⁵⁵ como omisivas, oclusivas y mendaces afectan directamente la corrección del proceso, porque entorpecen el correcto procesamiento de los elementos de la pretensión. Por ello son conductas que, valoradas mediante la estructura del indicio, pueden servir para desestimar o extinguir los intereses de una de las partes. El juez puede controlar y sancionar estas conductas haciendo uso de los poderes de instrucción.

La Corte Constitucional enaltece el principio de moralidad cuando establece que “la Constitución se preocupó por desarrollar el valor de moral social y los valores éticos gravemente deteriorados en nuestra sociedad por el fenómeno de la desenfrenada corrupción”⁷⁵⁶.

La Corte ha sido enfática en indicar que la corrupción es un fenómeno muy propio de nuestro país, por ello es determinante que la ley exija en el proceso unas conductas cualificadas, que se convierten en deberes constitucionales para los sujetos procesales. Pero estas conductas deben insertarse legítimamente en el proceso mediante la construcción de un indicio en contra o de una presunción, tal como lo indica el legislador en las reglas de variación de prueba.

Por ello la Corte afirma: “Debemos tener en cuenta que la moral social no es un recurso criminalizante, son fenómenos normativos que no permiten mezclas aunque sí podamos en unas circunstancias determinadas expresamente por el legislador valorar la conducta de las partes, como un acto procesal que tiene consecuencias jurídicas”⁷⁵⁷.

⁷⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-095/01 del 31 enero de 2001, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

⁷⁵⁴ Para una mayor profundidad sobre el tema puede verse LONDOÑO, RAMÍREZ y MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, cit., pp. 165 y ss.

⁷⁵⁵ MUÑOZ. *Técnica probatoria*, cit., pp. 449-489.

⁷⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-319/96 del 18 de julio de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

⁷⁵⁷ Íd. Sentencia C-1512/00 del 8 de noviembre de 2000, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

C. Sobre las responsabilidades de las partes en relación con la prueba

En el debate probatorio, las partes deben propender a cumplir, con responsabilidad y honestidad, los principios de aportación, comunidad, libertad probatoria y legalidad de la forma.

El principio de aportación, se desarrolla como el principio de autorresponsabilidad en el Código de Procedimiento Civil colombiano, que ordena a las partes “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”⁷⁵⁸. Es la prohibición de presentar demandas infundadas y mentirosas o carentes del suficiente peso jurídico.

El principio de libertad de medios de prueba rompe con los apegos al formalismo, los sujetos procesales ya no están sometidos a fórmulas dadas por el legislador para lograr en el juez el conocimiento de los hechos. Queda proscrita toda tasación legal de la prueba; por ello la norma establece que “sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”⁷⁵⁹.

Desde el principio de libertad probatoria, las partes deben sustentar la causa fáctica de sus pretensiones, con esmero y responsabilidad.

El principio de comunidad⁷⁶⁰ de la prueba indica que toda prueba que se allegue en forma legal y oportuna pertenece a los fines del proceso. Toda prueba cumple una finalidad: aportar al juez el mayor grado de conocimiento para que sustente su decisión con el mayor grado de corrección.

Según el principio de legalidad de la forma, las partes deben procurar que la prueba que llegue al proceso sea completa y suficiente para la fundamentación de los hechos que pretenden validar en el ordenamiento jurídico. Con ello se respeta el derecho de defensa y contradicción de la contraparte y se facilita la apreciación de la prueba por parte del juez. Son reglas de la legalidad de la forma:

- Observar diligentemente los términos y las oportunidades que las partes tienen dentro del proceso⁷⁶¹.

- Realizar acuerdos sobre las pruebas: “1) Conforme a lo establecido en los numerales 1º, 2º, 3º,

⁷⁵⁸ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 177: *Carga de la prueba*. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. De otro lado la Corte Suprema de Justicia, Sentencia S-090/02 de mayo 21 de 2002, exp. 7328, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, manifestó que el hecho notorio “[...] exige, por lo menos, que sea conocido por la generalidad de las personas pertenecientes a un determinado medio local, regional o nacional, y que el juez tenga certeza de esa divulgación”.

⁷⁵⁹ Ibíd., art. 175.

⁷⁶⁰ Ibíd., art.174.

⁷⁶¹ Ibíd., art. 183: Modificado. L. 794/2003, art.18. *Oportunidades probatorias*. “Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente. Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o a aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta. El juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente. Cuando el proceso haya pasado al despacho del juez para sentencia, las pruebas practicadas por comisionado que lleguen posteriormente, serán tenidas en cuenta para la decisión, siempre que se hubieren cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción. En caso contrario, y cuando en la misma oportunidad llegaren pruebas documentales cuyos originales o copias se hayan solicitado a otras oficinas, el juez de primera instancia no las tendrá en cuenta, pero serán consideradas por el superior. Este, de oficio o a petición de parte, ordenará el trámite que falte a dichas pruebas. Si se trata de documentos, la parte contraria a la que los adujo podrá tacharlos de falsos dentro del término de ejecutoria del auto que admita la apelación”.

y 7° del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991; 2) Presentar documento en el cual consten los puntos y hechos objeto de una inspección judicial; en este caso se incorporará al expediente y suplirá esta prueba. El escrito deberá autenticarse como se dispone para la presentación de la demanda; y 3) Solicitar salvo que alguna de las partes esté representada por curador ad litem, que la inspección judicial se practique por las personas que ellas determinen”⁷⁶².

– Pedir términos adicionales conforme a la ley, siempre que se hayan dejado de practicar pruebas sin su culpa. Esta es una oportunidad que favorece el derecho de contradicción y evita que el juez de primera instancia dicte sentencia sin que se allegue la totalidad de las pruebas. No obstante, las partes deberán vigilar cuidadosamente los términos de preclusión de la etapa probatoria, ya que los términos para practicar prueba corresponden a norma de orden público y deben ser aplicados rigurosamente por el juez⁷⁶³.

– El uso de la prueba trasladada⁷⁶⁴ es una oportunidad procesal muy importante para las partes porque está exenta de ritualismos, tiene grandes ventajas para abordar con éxito una pretensión puesto que ya ha pasado por los principios de contradicción y defensa válidamente en otro proceso y, además de ello, tanto sus requisitos formales como sustanciales están en firme.

– En desarrollo del principio de aportación de parte, pero dejando al juez el análisis de la aprobación respectiva, las partes pueden prescindir del término probatorio por común acuerdo⁷⁶⁵. Pueden las partes solicitar al juez que falle solamente con las pruebas insertas en la demanda y la contestación o que suspenda anticipadamente el término de contradicción de las pruebas. Esta oportunidad que se les da a las partes por la ley, no extingue el poder que tiene el juez de solicitar pruebas si considera necesario complementar las que se encuentren allegadas al proceso.

– La prueba sobre normas extranjeras⁷⁶⁶ es absoluta responsabilidad de la parte que pretenda sustentar sus hechos en ellas. Por tanto, deberá aportarlas con las formalidades exigidas por la ley.

– Respecto de las pruebas sobre usos y costumbres en que se esté basando la pretensión⁷⁶⁷,

⁷⁶² Ibíd., art. 183 parágrafo: “En todos los procesos, las partes de común acuerdo podrán antes de que se dicte sentencia de primera instancia, realizar los actos probatorios previstos en los numerales 1°, 2°, 3°, y 7° del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 y adicionalmente podrán: a) Presentar documento en el cual consten los puntos y hechos objeto de una inspección judicial; en este caso se incorporará al expediente y suplirá esta prueba. El escrito deberá autenticarse como se dispone para la presentación de la demanda. b) Solicitar, salvo que alguna de las partes esté representada por curador *ad litem*, que la inspección judicial se practique por las personas que ellas determinen”.

⁷⁶³ Ibíd., art. 184: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.°, num. 90. *Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión*. “Si se han dejado de practicar pruebas sin culpa de la parte que las pidió, el término señalado para tal efecto se ampliará, a petición de aquélla, hasta por otro igual que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en la falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda”.

⁷⁶⁴ Ibíd., art. 185: *Prueba trasladada*. “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”.

⁷⁶⁵ Ibíd., art. 186: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.°, num. 91. *Prescindencia total o parcial del término probatorio*. “Las partes pueden pedir de común acuerdo, en escrito autenticado como se dispone para la demanda, que se proceda a dictar sentencia con base en las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación, o que se dé por concluso anticipadamente el término para la práctica de pruebas, desistiendo de las que estén pendientes, a fin de que el proceso continúe su curso. Cuando no se hayan pedido pruebas oportunamente o concluida la práctica de todas las decretadas, se prescindirá del término señalado por la ley para su recepción o se declarará concluido, según las circunstancias. En todo caso, el juez podrá decretar y practicar oficiosamente las pruebas que estime convenientes para la verificación o aclaración de los hechos. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los incidentes y a los demás trámites dentro de los cuales exista la práctica de pruebas”.

⁷⁶⁶ Ibíd., art. 188: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.°, num. 92. *Normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras*. “El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en el artículo 259. También podrá ser expedida por el cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen”.

⁷⁶⁷ Ibíd., art. 189: *Prueba de usos y costumbres*. “Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con

consúltense: la Ley 42 de 1986, mediante la cual se promulgó la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, y los decretos 1020 de 1994 y 652 de 2000, mediante los cuales se promulgaron, respectivamente, la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, la Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias y el Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias.

– Es posible para las partes probar la costumbre mercantil⁷⁶⁸; para ello deberán atender las exigencias de la ley que es fuente prioritaria con respecto a aquellas; en este sentido, deberán acreditarla con certificado de la cámara de comercio del lugar o con la aportación de dos sentencias judiciales auténticas que hayan quedado en firme.

– Para la realización de pruebas en el exterior⁷⁶⁹, deben las partes asumir la responsabilidad de que estas se realicen y solicitar de esta manera al juez que él como autoridad del Estado realice las peticiones respectivas a las autoridades pertinentes, esto es: enviar carta rogatoria o comisionar por exhorto. De ninguna manera corresponde a las obligaciones del juez atender estas situaciones sin la debida petición de las partes interesadas, por cuanto esto equivaldría a realizar las funciones de quienes explícitamente saben qué se debe pedir, para qué y qué hechos se fundamentarán.

– Para la buena práctica de la prueba pericial, las partes tienen el deber de colaborar con los peritos⁷⁷⁰: facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo. Si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.

– Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juez, quien le ordenará facilitar la peritación; si ésta no lo hiciere, la condenará a pagar honorarios a los peritos y multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra.

D. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los deberes y responsabilidades de las partes en relación con las pruebas

El deber de colaboración con la administración de justicia tiene consagración constitucional⁷⁷¹, como

documentos auténticos o con un conjunto de testimonios”.

⁷⁶⁸ Ibíd., art. 190: *Prueba de la costumbre mercantil*. “La costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1. Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia. 2. Certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija”.

⁷⁶⁹ Ibíd., art. 193: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 93. *Pruebas en el extranjero*. “Cuando el proceso civil exija la práctica de diligencias en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, podrá: 1. Enviar carta rogatoria por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde han de practicarse las diligencias, a fin de que las practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo. 2. Comisionar por medio de exhorto directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo, para que practique las diligencias, de conformidad con las leyes nacionales y las devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales en materia civil, para las cuales sean comisionados”.

⁷⁷⁰ Ibíd., art. 242: Modificado. D. E. 2282/89, art. 1.º, num. 112. *Deber de colaboración de las partes*. “Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 39. Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juez, quien le ordenará facilitar la peritación; si no lo hiciere, la condenará a pagar honorarios a los peritos y multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra”.

⁷⁷¹ Constitución Política de Colombia, art. 95: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: [...] colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

un imperativo que concierne a todos los ciudadanos para colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

La Corte Constitucional ha manifestado que el legislador debe ser cuidadoso al elaborar la ley, pues de lo contrario ello incide en que las partes actúen por fuera de un adecuado marco ético; por ello establece que “la inexistencia de términos procesales o su exagerada amplitud, desconoce el deber de colaboración con la administración de justicia y podría dar lugar a que las partes realicen conductas dolosas y dilatorias contrarias a la ética y al principio de la buena fe”⁷⁷².

Al pronunciarse sobre las cargas procesales, afirma que éstas se fundamentan en el deber constitucional de colaboración con los órganos jurisdiccionales. Por ello le corresponde al juez sancionar a las partes que realizan conductas contrarias a la ética, para garantizar el deber de colaboración con la justicia⁷⁷³, ya que las cargas, al tener correspondencia con el principio dispositivo, no consagran sanción en caso de incumplimiento.

Este es el caso de la impulsión del proceso, tradicionalmente a cargo de las partes. Si la finalidad de la Constitución es que el proceso sea un instrumento adecuado para la solución de las controversias jurídicas, “del deber constitucional de colaboración con la justicia a que se refiere el artículo 95 superior se deriva el de actuar con diligencia en el cumplimiento de las cargas procesales; es decir, supone un deber de no dilatar el proceso y de asumir una actitud de lealtad dentro de él, deber que a su vez toma pie en el principio general de buena fe recogido por el artículo 83⁷⁷⁴ de la Carta”⁷⁷⁵.

Sobre este tópico, las afirmaciones de la Corte resultan acertadas, en razón de que las cargas procesales son descuidadas en innumerables ocasiones por las partes, lo cual entorpece el funcionamiento de la jurisdicción y compromete la corrección de la decisión.

También las conductas engañosas vulneran directamente el precepto constitucional de colaboración con la jurisdicción, porque ellas impiden el correcto desarrollo del proceso dialógico e incrementan indebidamente la probabilidad de una decisión infundada; por ello la Corte ha sido enfática en exigir que “El juez dentro de sus deberes debe velar por que la actividad de parte se enmarque dentro de una ética acorde con la finalidad del proceso, castigando la deslealtad y mala fe de las partes, todo ello con el fin de que se cumpla el objeto primordial del proceso, la debida aplicación de la justicia y la búsqueda de la verdad”⁷⁷⁶.

El juez no tiene una función pasiva dentro del proceso, debe estar siempre alerta para corregir las maniobras de las partes y sancionar aquellas conductas contrarias a la corrección de las actuaciones procesales. De tal manera que “en los casos de investigaciones judiciales o administrativas es al juez de la causa o al funcionario investigador a quien corresponde valorar y, si es del caso, sancionar al declarante, sea testigo, parte, querellado, detenido, acusado o procesado, haciendo uso de otras disposiciones legales establecidas para garantizar el deber de colaboración con la justicia”⁷⁷⁷.

En general, los deberes de las partes “están contenidos en el art. 71 CPC en sus numerales: 1.

⁷⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-416/94 del 22 de septiembre de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁷⁷³ ÍD. Sentencia C-1104/01 del 24 de octubre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Al respecto, la Corte señaló: “El establecimiento de las cargas procesales se fundamenta en el deber constitucional de colaboración con los órganos jurisdiccionales (art. 95-7 de la C. P.), que en el plano procesal se proyecta en la obligación de la parte demandante (principio dispositivo) de coadyuvar e interesarse por la marcha del proceso en el que pretende la defensa de sus derechos e intereses legítimos, so pena de correr con las consecuencias legales adversas que se derivan de su inactividad”.

⁷⁷⁴ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

⁷⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁷⁷⁶ ÍD. Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁷⁷⁷ ÍD. Sentencia C-422/02 del 28 de mayo de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos. 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales. Al resaltar estos deberes se hace necesario que las partes en el proceso actúen de manera ética, sin ocultamientos de ningún tipo”⁷⁷⁸.

Por ello la Corte, interpretando esta misma norma, afirmó: “la actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, ‘El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes’, según el artículo 249 del Código de procedimiento civil”⁷⁷⁹.

La corporación le establece un límite razonable al principio constitucional de no autoincriminación, en el proceso civil, porque los deberes constitucionales de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”, “carecerían de contenido y sentido de hacerse extensiva la prohibición de que trata el artículo 33 a los asuntos no penales en que se ventilan intereses particulares”⁷⁸⁰.

En este mismo sentido entiende la Corte que la obligación de asistir a “interrogatorio de parte de los arts. 202 y 203 CPC conduce a hacer eficaz el deber establecido en el numeral 7.º del artículo 95 de la Constitución que establece como deber de la persona y del ciudadano ‘colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia’, en asuntos diferentes a los penales, correccionales y de policía”⁷⁸¹.

Además, para los testigos, “la vinculación con la verdad que se establece para quien rinde el interrogatorio bajo el apremio del juramento, encuentra resonancia constitucional en el numeral 7 del artículo 95 de la Carta, el cual, señala que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, en particular la de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”⁷⁸².

E. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los deberes y responsabilidades de las partes en relación con las pruebas

Como se verá, la Corte Suprema de Justicia busca en sus sentencias hacer efectiva la consagración constitucional de colaborar con la administración de justicia –art. 95 de la Constitución– y la consagración legal de proceder con lealtad y buena fe en todas las actuaciones judiciales –art. 71 del Código de Procedimiento Civil.

Una primera manifestación de sustento a estas normas se encuentra cuando la Corte aprueba, en casación, la configuración de un indicio grave de conducta, en contra de una parte, por negarse a permitir la realización sobre sí misma de una prueba genética. En la sentencia la Corte resalta que “los deberes de colaboración con la administración de justicia establecidos en el art. 95 n. 7 de

⁷⁷⁸ ÍD. Sentencia C-141/98 del 15 de abril de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA. En el mismo sentido, la Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁷⁷⁹ ÍD. Sentencia C-544/94 del 1.º de diciembre de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

⁷⁸⁰ ÍD. Sentencia C-426/97 del 4 de septiembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA. En el mismo sentido, la Sentencia C-202/05 del 8 de marzo de 2005, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

⁷⁸¹ ÍD. Sentencia C-426/97 del 4 de septiembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

⁷⁸² ÍD. Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

la Carta Política y [...] la buena fe deben acompañar todas las actuaciones de los particulares y de la administración de justicia, más cuando la actividad procesal tiene como fin último la verdad y esta se halla al alcance de las partes y testigos, si ellos prestan la colaboración esperada”⁷⁸³.

La Corte estudia la conducta reacia para practicarse pruebas, o conducta oclusiva, en relación con el artículo 18 de la Constitución que ordena que “nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia”. El resultado de esta ponderación es que “la frontera a estas libertades, se encuentra en el respeto debido a los derechos ajenos y en el interés general, sin que se pueda excusar el cumplimiento de otros deberes constitucionales, como el de colaborar con la administración de justicia (art. 95, num. 7)”⁷⁸⁴.

Señala la Corte que después de la Constitución de 1991 se revisan con más severidad los comportamientos obstruccionistas o que desvíen la investigación con el fin de impedir la práctica de pruebas, “actitud que merece ser descalificada por faltar al deber de colaboración transparente que los afanes de justicia demandan”⁷⁸⁵. De ahí surge el poder del juez para construir inferencias indiciarias o presunciones en contra de la parte, con miras a valorar estas conductas.

Se exige la “observancia plena de los principios de la lealtad y la buena fe, para que la verdad jurídica resplandezca y el triunfo lo obtenga quien demuestre su derecho, y no quien se comporte más habilidosamente en el juicio. El proceso, pues, debe ser desde tal perspectiva, nítido y cristalino; hay que evitar a toda costa que en él se abroquelen posiciones [...] nocivas para el claro propósito de una verdadera administración de justicia”⁷⁸⁶. Porque “la lealtad de las partes y sus apoderados es un postulado fundamental del proceso, de forma tal que el comportamiento contrario al mismo suele ser reprimido con severidad por el legislador. De ahí que el artículo 37 del Código de procedimiento civil imponga al juez el deber de prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la ‘lealtad y probidad, y buena fe que deben observarse en el proceso’, amén de que el numeral 1. del artículo 71 CPC le impone a las partes y sus apoderados el deber de actuar con lealtad y buena fe en el transcurso del mismo”⁷⁸⁷.

Para el buen desarrollo del proceso, la Corte exige estrictos comportamientos de lealtad a las partes, entre ellos los siguientes:

Si tienen conocimiento de causal de nulidad insaneable, se “les impone la carga de ponerla en conocimiento tanto para prevenirla como para remediarla, ya que si, advirtiéndola no lo hace, no solo desatiende la lealtad, la buena fe, y el interés público que a todos asiste en la marcha válida del proceso, sino que con dicho comportamiento también arriesga la celeridad del proceso y demás principios del derecho procesal con las consecuencias legales pertinentes”⁷⁸⁸.

Quien es demandado “como poseedor, teniendo la cosa a nombre de otro, debe indicar quién es éste y dónde se puede localizar, ‘so pena de ser condenado en el mismo proceso a pagar los perjuicios que su silencio cause al demandante’, lo que constituye un principio de lealtad

⁷⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-175/04 del 26 de octubre de 2004, exp. 050013110001-2000-13581-02, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. En el mismo sentido, ÍD. Sentencias SC-136/05 del 28 de junio de 2005, exp. 7901, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, y S-080/02 del 7 de mayo de 2002, exp. 6181, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

⁷⁸⁴ ÍD. Sentencia SC-136/05 del 28 de junio de 2005, exp. 7901, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁷⁸⁵ ÍD. Sentencia SC-136/05 del 28 de junio de 2005, exp. 7901, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. En el mismo sentido, ÍD. Sentencias S-059/98 del 27 de julio de 1998, exp. 5871, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA, y S-080/02 del 7 de mayo de 2002, exp. 6181, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

⁷⁸⁶ ÍD. Sentencia S-026/95 del 27 de febrero de 1995, exp. 4365, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

⁷⁸⁷ ÍD. Sentencia S-082/95 del 3 de agosto de 1995, exp. 4743, M. P.: HÉCTOR MARÍN NARANJO.

⁷⁸⁸ ÍD. Sentencia S-092/98 del 4 de noviembre de 1998, exp. 5201, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

procesal”⁷⁸⁹.

Se destaca la obligación de “honrar la palabra dada, esto es, de no traicionar la confianza que el juez o las partes depositan en sus dichos. De las muchas manifestaciones que las partes deben hacer, adquiere particular importancia aquella por cuya virtud se le autoriza para que afirme que ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado, e, igualmente, que este no figura en el directorio telefónico, o que está ausente y se desconoce su paradero, todo ello con miras a que el juez decrete su emplazamiento en los términos del artículo 318 CPC”⁷⁹⁰.

Asimismo las “partes y sus apoderados tienen el deber de ser veraces en sus afirmaciones y proceder con lealtad y buena fe en sus actos procesales y relaciones con la contraparte, empezando por supuesto, por el deber del demandante de dar a conocer el lugar donde sabe puede ser hallado el demandado para enterarlo de la demanda incoada en su contra (dirección procesal), a fin de permitir que efectivamente le sea comunicado tal acto y pueda ejercer la defensa de sus derechos”⁷⁹¹.

Es la consecuencia de tener un proceso con naturaleza mixta, que se exijan deberes que permitan la satisfacción de principios para la convivencia: “los aludidos de la lealtad, la probidad y la buena fe asumen una importancia específica como pauta de conducta imprescindible para asegurar la seriedad y confiabilidad de las actuaciones procesales, y, en no pocas ocasiones, como regla generadora de particulares efectos, entre ellos, inclusive, el de crear o consolidar derechos o situaciones jurídicas”⁷⁹².

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una reflexión general que surge de este trabajo indica que el estudio, los procesos de enseñanza-aprendizaje y las formas como se entiende, discute y difunde el derecho procesal son expresiones culturales que deben evolucionar hacia formas de análisis epistemológico.

Esto quiere decir que el derecho procesal se debe repensar, replantear permanentemente, como una disciplina que se compone de series de sistemas complejos, por lo que están directamente relacionados con la filosofía del derecho.

En esta medida el derecho procesal, en sus aspectos más importantes, se estructura mediante cadenas de inferencias –fácticas, probatorias y jurídicas–. Es el caso de los juicios de relevancia sobre la prueba, de la contradicción probatoria, de la valoración de prueba y especialmente de los elementos para la decisión racional. Por ello en el derecho contemporáneo, concepciones tradicionalistas como esquemas rígidos de secuencias de actos o tendencias procedimentalistas en la actuación judicial, deben evolucionar.

SOBRE LA FUNCIÓN DEL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

Desde la perspectiva de la ideología privatista, la libertad contractual supone sujetos iguales, capaces de hacer valer sus acuerdos en las relaciones que instauran. Si se estudia la ideología publicista, el pacto social también se fundamenta en sujetos considerados libres e iguales, con ello

⁷⁸⁹ ÍD. Sentencia S-026/95 del 27 de febrero de 1995, exp. 4365, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

⁷⁹⁰ ÍD. Sentencia S-082/95 del 3 de agosto de 1995, exp. 4743, M. P.: HÉCTOR MARÍN NARANJO.

⁷⁹¹ ÍD. Sentencia S-001/98 del 14 de enero de 1998, exp. 5826, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

⁷⁹² ÍD. Sentencia S-082/95 del 3 de agosto de 1995, exp. 4743, M. P.: HÉCTOR MARÍN NARANJO.

en ambos extremos las limitaciones sociales y económicas quedan ignoradas. Esto da como resultado que la estructura del proceso civil materializa en mayor o menor medida los ideales de justicia que tiene una comunidad en convivencia⁷⁹³.

De ahí que el ordenamiento jurídico colombiano, como todos los ordenamientos contemporáneos, esté vinculado con las evoluciones del *civil law*, especialmente con los acercamientos ideológicos y estructurales de las familias jurídicas: *civil law* y *common law*. Estas transformaciones se inician con las constituciones modernas, que influyen en forma determinante las constituciones colombianas, en particular el ordenamiento jurídico adoptado en la Constitución de 1991⁷⁹⁴.

El proceso civil colombiano inicialmente fue modelado por el código francés de 1804 –que a su vez recibió la influencia del código italiano⁷⁹⁵–, de esta forma, la doctrina procesal colombiana está claramente inspirada por los tratadistas italianos. Pero el cambio de este paradigma empieza desde el momento en que las constituciones de posguerra adoptan el debido proceso como un derecho fundamental.

En esta norma fundamental, el derecho procesal se formula con una doble naturaleza jurídica: es derecho sustancial, en tanto constituye un fin en sí mismo, y al mismo tiempo se desdobra en unas estructuras de garantía constitucional, para la protección efectiva de los derechos, la cual se hace exigible en cualquier actividad jurisdiccional o administrativa.

Por ello el estudio del proceso como instrumento le cede el paso a una institución de nivel superior: el debido proceso⁷⁹⁶. De ahí surge un proceso civil donde está proscrita la concentración de poder, en el juez o en las partes, ya que este tipo de absolutismos desvirtúa todas las garantías constitucionales del debido proceso y además desintegra la estructura del proceso como relación jurídica compleja⁷⁹⁷.

Igualmente, el debido proceso sobrepasa la idea tradicional de justicia procesal “instrumental” y supera el paradigma de la sistemática procesal, o “procedimentalismo”. Acto seguido, eleva el concepto de proceso, a una institución compuesta no por actos, etapas o por términos, sino por principios y garantías constitucionales.

De ahí que los elementos para una decisión racional se conviertan en el eje prioritario de estudio del proceso, porque materializan la unión entre derecho procesal y derecho sustancial, mediante un sistema de garantías: “Nada hay más sustancial en la vida del derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia”⁷⁹⁸.

De tal suerte que resulta contraproducente revivir (aunque solo sea parcialmente) sistemas medievales absolutistas, como el inquisitivo o el dispositivo, para definir algunas etapas en el proceso civil contemporáneo. Utilizar estos sistemas tiene fuertes implicaciones morales y jurídicas relacionadas con el Estado y con la Constitución; entre ellas pueden mencionarse:

– El Estado social de derecho concibe la administración de justicia como una función pública estatal. El juez, como responsable de esta función, tiene a su cargo deberes con la sociedad, por tanto le está prohibido permanecer inactivo. En esta medida no es plausible sustentar el sistema

⁷⁹³ Al respecto: TROCKER. *Processo civile e Costituzione*, cit., pp. 6-7; TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 60.

⁷⁹⁴ Entre otros se puede consultar a NANCLARES. *Los jueces de mármol*, cit., pp. 88-90; GIRALDO. *El ideario del constitucionalismo*, cit., pp. 368-372; NÚÑEZ. *Poder político, Constitución y Estado*, cit., pp. 19-64.

⁷⁹⁵ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 70.

⁷⁹⁶ Este tema se puede ampliar en: LONDOÑO, RAMÍREZ y MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, cit., p. 66; AGUDELO. *El proceso jurisdiccional*, cit., p. 11; BERNAL. *El derecho fundamental al debido proceso*, cit., p. 6.

⁷⁹⁷ Sobre la prevalencia de la teoría de la relación jurídica: VÉSCOVI. *Teoría general*, cit., p. 93; QUINTERO. *Teoría general*, cit., p. 298; SCHÖNKE. *Derecho procesal*, cit., p. 16; AZULA. *Manual de derecho*, cit., p. 49; LÓPEZ. *Instituciones de derecho*, cit., p. 197.

⁷⁹⁸ SENTÍS. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 19.

dispositivo puro.

– Las constituciones modernas contienen unas garantías fundamentales, todas relacionadas con el proceso debido. Ello implica que el proceso civil tiende a realizar una tutela judicial efectiva, donde se materializan los derechos de contradicción, defensa e igualdad de partes, entre otros. En esta medida no es plausible sustentar el sistema inquisitivo.

Los aspectos más relevantes que le imprime el debido proceso al ordenamiento civil ponen fin a la absurda contraposición entre el sistema inquisitivo y el sistema dispositivo, porque fundamentan el proceso civil en estructuras y garantías en favor del ciudadano, y la garantía siempre será un “plus” que tiene prevalencia respecto de la sustancia y el procedimiento⁷⁹⁹.

Nos encontramos frente a una resignificación de las finalidades del proceso a partir de la adopción del Estado social de derecho: en él se regulan las cargas de disposición de las partes; se exigen al juez actividades oficiosas de dirección y de instrucción, porque el Estado lo designa como responsable de las garantías constitucionales; pero de igual manera la Constitución ordena la protección incondicional para las partes, de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales que se consagran en su favor, entre ellos: igualdad, publicidad, legalidad, no autoincriminación, debido proceso, contradicción y defensa.

Por todo ello se puede concluir que el proceso civil colombiano cumple actualmente con unas funciones publicistas y con otras privatistas. Las primeras en desarrollo de los parámetros constitucionales y estas últimas en pro de la tutela judicial efectiva para la solución de los conflictos intersubjetivos.

SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN

Abordar los principios que informan y sustentan los poderes de instrucción del juez en el proceso civil, entre ellos la independencia y la imparcialidad, permite identificar otro cambio de paradigma: el del juez árbitro.

A lo largo de la historia, el *civil law* se difunde en Europa y América Latina. El derecho adopta una estructura formal: cerrada y autosuficiente. Y la función judicial que interpreta y aplica la norma forma parte del poder tripartito del Estado, como una estructura jerárquica y piramidal.

En este contexto, la más leve discrecionalidad del juez se constituía en un atentado contra el sistema. Por ello, la independencia y la imparcialidad se entendían en el Estado liberal del siglo XIX como la sujeción estricta del funcionario a las normas que estaban íntimamente relacionadas con la función formalista y privada⁸⁰⁰ del proceso.

Con la adopción del Estado social de derecho, los principios de independencia e imparcialidad toman otro significado. Estos, al igual que la función del proceso, se relacionan con la aplicación de las garantías constitucionales y con la protección de los derechos fundamentales.

De esta forma, el principio de independencia se analiza por lo menos en dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva.

La perspectiva subjetiva del principio de independencia corresponde a la función-poder que tiene el juez de elaborar actos decisorios, como objeto de la función del Estado. Esta perspectiva, a su vez, tiene dos vertientes: la interna y la externa.

La independencia interna se vincula con la capacidad que la Constitución y la ley le dan al juez para evitar y resistir presiones dentro de la estructura jerárquica de la función judicial. La Constitución establece la jurisdicción como una función pública y ordena que los jueces en sus

⁷⁹⁹ TROCKER. *Proceso civil*, cit., p. 601.

⁸⁰⁰ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p.26.

decisiones sean independientes⁸⁰¹ y que por tanto solo estén “sometidos al imperio de la ley”⁸⁰².

Es así como la garantía de independencia interna para los jueces inicia con la aplicación del ordenamiento jurídico, como un sistema complejo, pero integral; un sistema de elección por méritos, cerrado y piramidal puede influir negativamente en la independencia del juez porque queda supeditado permanentemente a las preferencias jurídicas e interpretativas de sus superiores; y la interferencia permanente de mecanismos constitucionales como la acción de tutela desborda la capacidad del juez y el razonamiento de sus decisiones.

La independencia externa del juez parte de la relación que se da entre la función jurisdiccional y el Estado. Esta relación da cuenta de un tipo específico de aparato de justicia, que se formula desde el constituyente primario, para cumplir unos objetivos previstos en las políticas públicas. Desde esta perspectiva se enlistan algunas causales de interferencia con la independencia del juez: la interferencia de los poderes legislativo y ejecutivo en la elección de las altas cortes se constituye en un detonante para las buenas relaciones que deben entretenerse entre el poder jurisdiccional y los demás poderes del Estado; la función de control y la función disciplinaria a cargo del mismo poder judicial, para aplicarla a los jueces, no corresponde a las perspectivas del control democrático ni a la función pública y constitucional del poder jurisdiccional; la saturación y la congestión, entre otras, se convierten en puntos neurálgicos para las decisiones independientes y racionales de los jueces.

En la perspectiva objetiva del principio de independencia, se estudian las funciones iudicantes de los derechos sustanciales, es decir, la potestad que tiene el juez para decir el derecho y asignárselo a quien lo merece. Es parte integral de la función pública jurisdiccional y se relaciona directamente con el componente político: la estructura filosófica del Estado. Por ello se fortalecen los principios del proceso democrático y público.

Desde esta perspectiva compleja de la independencia, se torna entendible la reformulación del concepto de imparcialidad, ahora directamente relacionado con dos principios constitucionales: legalidad y publicidad. Porque la independencia del juez es mucho más que no tener una relación económica con las partes o de amistad o enemistad. La imparcialidad está directamente relacionada en el derecho contemporáneo con la apertura mental del juez en la interpretación de la ley y la correcta argumentación de sus decisiones, en una combinación adecuada de las variables del principio de independencia. Porque un juez independiente puede considerarse un juez imparcial cuando expone adecuadamente sus decisiones, pero un juez no independiente jamás podrá ser un juez imparcial.

En esta medida, el principio de legalidad como parte integral de las garantías constitucionales del debido proceso⁸⁰³ se estudia desde dos dimensiones: la formal y la sustancial⁸⁰⁴. La material da cuenta de la norma sustancial que se procesa, es decir, aborda el ordenamiento jurídico como un sistema complejo⁸⁰⁵ y refiere la discrecionalidad que el juez encuentra en él⁸⁰⁶.

La dimensión formal del principio de legalidad surge de la garantía constitucional del debido proceso, específicamente cuando exige que todo ciudadano sea juzgado “ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”⁸⁰⁷. Como lo

⁸⁰¹ Constitución Política de Colombia, art. 228.

⁸⁰² Ibíd., art. 230 en relación con el art. 4.º.

⁸⁰³ Constitución Política de Colombia art. 29.

⁸⁰⁴ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 48. En el mismo sentido, QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 97-99. IBÁÑEZ. *El Estado constitucional*, cit., p. 25.

⁸⁰⁵ WRÓBLESKY. *Constitución y teoría*, cit., p. 20; QUINTERO. *Teoría general*, cit., p.47.

⁸⁰⁶ GARCÍA. *Interpretación y aplicación de la ley penal*, cit., p. 41.

⁸⁰⁷ Constitución Política de Colombia, art. 29.

expresa BERNAL, “las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior y el poder judicial debe ajustarse por entero a dichas prescripciones”⁸⁰⁸.

Todos estos principios confluyen en una estructura fundamental para el derecho procesal actual: la objetividad que se espera de la decisión judicial, porque la objetividad tiene por lo menos tres vertientes: la función judicial, la decisión del juez y la publicidad del proceso.

La función jurisdiccional hoy es una función compleja⁸⁰⁹. Y como elemento integrador del Estado de derecho, la función del juez es pública, por ello se considera un deber-poder que obtiene por delegación del mismo poder constituyente⁸¹⁰. Ahora, una función pública debe relacionarse armónicamente con los fines del Estado⁸¹¹, que hacen parte de los principios fundamentales⁸¹² y del preámbulo⁸¹³ constitucionales.

La decisión judicial interesa al Estado social de derecho, desde la perspectiva legal racional, abandonando las concepciones del formalismo y de la libre decisión. El juez, en sus sentencias, integra todas las actividades que le impone la función pública jurisdiccional. De tal forma que la decisión judicial concreta en sí misma los intereses privados y las finalidades públicas propias del Estado social de derecho. Desde esta perspectiva, la decisión del juez integra un objetivo complejo: la resolución del conflicto, mediante reglas uniformes que permitan “una mejor manera” legal y racional de hacerlo, esto es adoptar un sentido de justicia.

Por último, el principio de publicidad en la objetividad de la decisión, al igual que otros principios constitucionales tiene dos perspectivas de análisis: la externa y la interna. La perspectiva externa o formal del principio de publicidad confluye en un juicio abierto, público y no secreto. La perspectiva interna o material concibe que todas las estructuras inferenciales que hacen parte integral del proceso deben ser debidamente discutidas con las partes.

Se parte del principio de publicidad⁸¹⁴ como una garantía constitucional que se encuentra directamente relacionada con los problemas epistemológicos y con la dialéctica⁸¹⁵ en el proceso. Surge del Estado como modelo político democrático, donde “el poder se ejerce y el derecho se origina, de manera discursiva”⁸¹⁶. En esta medida, la dimensión material del principio de publicidad tiene una relación interdependiente con otros principios constitucionales, por ejemplo, el derecho de acceso a la administración de justicia⁸¹⁷, la legítima defensa y la contradicción.

Todas estas caracterizaciones que se han abordado en los diversos principios constitucionales implican un incremento importante en los poderes del juez. Surge así el “juez director del proceso”⁸¹⁸, que decide la solución del conflicto mediante el ordenamiento jurídico y además propugna la protección directa de los derechos fundamentales y la aplicación de las garantías

⁸⁰⁸ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 48.

⁸⁰⁹ SÁCHICA. *Nuevo constitucionalismo*, cit., pp. 267-271.

⁸¹⁰ Constitución Política de Colombia, art. 228

⁸¹¹ *Ibíd.*, art. 2.º.

⁸¹² *Ibíd.*, art. 1.º.

⁸¹³ *Ibíd.*, preámbulo.

⁸¹⁴ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 52.

⁸¹⁵ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., pp.114-115. CARNELUTTI. *Trattato del proceso civile*, cit., p. 96.

⁸¹⁶ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 9.

⁸¹⁷ Constitución Política de Colombia, art. 228.

⁸¹⁸ LÓPEZ. *Nuevas tendencias*, cit., p. 82.

constitucionales.

El juez autoritario manipula el proceso y la prueba, expropia las garantías de las partes y no tiene respeto por el debido proceso o por los derechos fundamentales. El juez activo personifica el modelo del principio democrático, por tanto debe ser respetuoso de los principios de legalidad, publicidad y, por excelencia, del debido proceso y de todos los subprincipios que lo integran.

De ahí que se concluya que juez activo no es sinónimo de juez autoritario, sino que es, al contrario, su antítesis.

SOBRE LOS LÍMITES Y LAS RESPONSABILIDADES QUE SE DESPRENDEN PARA EL JUEZ DE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN

En un Estado democrático y de derecho, como el que se ha adoptado en la Constitución colombiana, ninguna función tiene poderes sin límites y responsabilidades. De igual manera, en el proceso ninguno de los sujetos procesales goza de este tipo de prerrogativas, por ello la función pública jurisdiccional contiene límites y verdaderas responsabilidades con los poderes de instrucción.

Este principio democrático⁸¹⁹ se entrelaza con los otros principios constitucionales y muy especialmente con el derecho al debido proceso probatorio que marca unos límites concretos a la actuación del juez que actúa por los poderes de instrucción.

Estos límites confluyen en lo que se puede denominar el proceso dialógico⁸²⁰, donde “lo debido en general y el derecho en particular no dependen de un único concepto de justicia material, impuesto por la visión de la autoridad, sino del diálogo entre interlocutores que exponen sus cosmovisiones y sus necesidades, mediante procedimientos que los incluyen, y les ofrece garantía de poder expresarse sin más cortapisas que aquéllas que se derivan del respeto de los derechos de los demás”⁸²¹.

Por ello la publicidad permite el ejercicio transparente de los derechos de defensa y de contradicción. Ningún elemento del proceso queda bajo el dominio exclusivo del juez. Ni siquiera aquellos temas tradicionalmente aceptados como de exclusivo resorte de la jurisdicción, como las reglas de la sana crítica o la interpretación de la ley, permanecen fuera del contradictorio.

De ahí que se proponga la resignificación del principio⁸²² del *iura novit curia*, según el cual es “un deber impuesto a los jueces de resolver los litigios utilizando el derecho”⁸²³. Pero este deber no implica la exclusión de las partes de la controversia jurídica, o lo que es lo mismo, no significa la exclusividad del juez en la elección de la fórmula de derecho, porque la “valoración jurídica de la realidad exterior reconocida en el proceso, es competencia exclusiva del juez”⁸²⁴.

Esta regla entra en crisis a partir de la reformulación del ordenamiento jurídico como un sistema complejo. Porque, si se reconoce que el “derecho está plagado de indeterminaciones normativas y es contrastado constantemente con principios constitucionales de gran abstracción y carga axiológica”⁸²⁵, no se puede pretender sustentar que sea plausible encontrar una única solución

⁸¹⁹ QUINTERO. *Teoría general del proceso*, cit., p. 89.

⁸²⁰ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 158.

⁸²¹ BERNAL. *El derecho fundamental*, cit., p. 10.

⁸²² Las cortes y la doctrina utilizan indistintamente la naturaleza jurídica de principio y de regla para abordar el *iura novit curia*. Parece plausible sostener que se debe estudiar como regla.

⁸²³ EZQUIAGA. *Iura novit curia*, cit., pp. 18-19.

⁸²⁴ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 640; ALSINA. *Fundamentos de derecho procesal*, cit., p. 414.

⁸²⁵ MEROI. *Iura novit curia*, cit., p. 5.

correcta a un caso, tampoco que sólo el juez pueda encontrar esa única solución correcta.

Por otro lado, no resulta admisible en el derecho contemporáneo que se decida en “tercera vía”⁸²⁶, es decir, que el juez aplique un conjunto de normas que no han sido discutidas por las partes tomándolas por sorpresa y, de paso, desestimando sus análisis jurídicos, probatorios y fácticos. Ello sería una clara violación al derecho constitucional de contradicción y publicidad.

SOBRE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS QUE TIENEN

LAS PARTES RESPECTO DE LA PRUEBA

Como ya se ha sustentado, los sistemas de procesamiento cumplen una función relacionada con el Estado al cual se encuentran adscritos. Si ello es así, las normas que integran un sistema de procesamiento contienen las ideologías propias de la composición política.

Cuando se busca la génesis del sistema jurídico dispositivo o del sistema jurídico inquisitivo, la respuesta surge a partir de las concepciones políticas en cuyo seno se desarrollaron. Pero ya se ha podido sustentar que en el derecho contemporáneo no es defendible esta regresión.

Hoy el derecho está fuertemente comprometido con las garantías constitucionales y con los derechos fundamentales, principios positivados en las constituciones materiales de los estados modernos. Esta característica propicia una resignificación del tradicional concepto de dispositividad, sin que necesariamente tengamos que acudir a adoptar factores inquisitivos.

Lo primero que se advierte es que en un Estado social de derecho resulta contraproducente nombrar alguna actividad judicial como inquisitiva. El sólo concepto causa repulsión en la sociedad, porque corresponde a un contexto histórico y social propio de los modelos autoritarios medievales.

Un sistema con tintes inquisitivos no guarda ningún nexo con el Estado social de derecho, que busca incansablemente poner en comunicación el poder y la sociedad mediante principios como el debido proceso.

En este sentido, el proceso civil, desde la perspectiva de las partes, no surge de algo llamado “principio dispositivo”. En su formulación “tradicional”, el sistema o principio dispositivo –más pertinente: *sistema*⁸²⁷– proviene de las tradiciones procesales heredadas de Alemania e Italia⁸²⁸. En la época antigua fue un sistema correspondiente con el “ojo por ojo”; y en la época moderna, con la ideología del Estado liberal de derecho⁸²⁹ y su principio estructural de la “autonomía de la voluntad”.

En el derecho contemporáneo, adoptar para las partes derechos tradicionales del sistema dispositivo genera choques irreductibles.

De esta forma, puede sostenerse que el derecho se encuentra en vía de reinterpretar el sistema dispositivo a partir de las normas constitucionales⁸³⁰.

Las facultades dispositivas de las partes sobre la prueba se desprenden del proceso garantista y del sistema constitucional, lo que permite ctualmente diseñar un equilibrio entre los poderes del juez y los derechos y cargas de las partes, sobre un proceso fundado en la dialéctica y en las garantías de la Constitución.

De esta forma, el derecho a la prueba se adopta a partir de las constituciones de posguerra⁸³¹,

⁸²⁶ Ibíd., p. 13. COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 69.

⁸²⁷ BLANCO. *Sistema dispositivo*, cit., p. 35; COMOGLIO. *Riforma processuale*, cit., p. 57.

⁸²⁸ BLANCO. *Sistema dispositivo*, cit., p. 45.

⁸²⁹ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 57; BLANCO. *El sistema dispositivo*, cit., pp. 23 y 44.

⁸³⁰ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 390.

⁸³¹ PICÓ. *El derecho a la prueba*, cit., p. 15.

pues antes se consideraba una regulación exclusivamente de la ley. En general, al igual que el debido proceso, el derecho a probar adquiere un doble carácter o naturaleza, como lo expone PICÓ⁸³²: “el subjetivo y el objetivo”.

El derecho a la prueba en sentido material es un derecho sustancial, un derecho en sí mismo que permite al ciudadano reclamar. El derecho a la prueba en sentido objetivo es el derecho a obtener unas garantías de debida protección.

Mediante el principio de defensa se garantiza a las partes la posibilidad de presentar todas las pruebas que consideren necesarias para la fundamentación de sus pretensiones. Es un derecho que integra para las partes: la posibilidad de proponer todos los medios de prueba que consideren pertinentes, con la única limitación que les establece la ley; el derecho a que se les respete un término probatorio suficiente para proponer las pruebas y el derecho a que la admisión de estas se realice mediante una providencia motivada, que permita la discusión jurídica.

Igualmente, las partes adquieren el derecho a que la prueba propuesta con suficientes argumentos de utilidad, conducencia y pertinencia sea admitida. Y a practicar toda prueba propuesta y conducente. Las partes, por último, tienen el derecho a que la prueba practicada sea debidamente valorada; este derecho es correlativo con el deber de motivación de las sentencias.

El derecho a la prueba se relaciona con el derecho de contradicción, entendido por la doctrina como la facultad que tienen las partes para controvertir toda la prueba que se allegue en su contra, incluida la que sea aducida por el juez mediante sus poderes de oficio⁸³³ o dirección material.

El principio de contradicción, como afirma COMOGLIO⁸³⁴, se hace realidad en la dinámica de un proceso “correcto” y “leal”, un proceso fundado en la dialéctica y abierto a la discusión. En este debate nada hay oculto y las posiciones diversas se fundamentan para alcanzar la certeza sobre los hechos. La contradicción implica que las partes siempre estén en condiciones de tener interlocución, respecto de cualquier cuestión: de hecho, de derecho, preliminar, de rito o de mérito, que aporte a la decisión jurisdiccional.

Por último, el derecho a obtener la nulidad absoluta sobre la prueba que se obtenga con violación del debido proceso es un derecho constitucional que impide la vulneración de derechos fundamentales. Como afirma TROCKER⁸³⁵, “el objetivo de esta disposición es claro y se desprende del principio de la dignidad humana para garantizar que el procesado no reciba un perjuicio, en la libre determinación de aportar pruebas que comprometan la integridad psico-física”.

De los tres principios analizados: derecho a la prueba, derecho de contradicción y derecho a la nulidad por violación al debido proceso, se desprenden estructuras mínimas de respeto para un debido proceso probatorio, y éste se constituye en la facultad dispositiva de las partes sobre la prueba.

En este sentido, haciendo un compendio general, la Corte define que en los procesos se deben respetar los siguientes derechos mínimos sobre la prueba: “i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”⁸³⁶.

⁸³² Ibíd., pp. 18-20.

⁸³³ AZULA. *Manual de derecho*, cit., p. 5; PARRA. *Manual de derecho*, cit., p. 57. TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 535.

⁸³⁴ COMOGLIO. *La garanzia*, cit., p. 145.

⁸³⁵ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 575.

⁸³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1270/00 de 2000, M. P.: EDUARDO BARRERA CARBONELL.

SOBRE LAS CORRESPONSABILIDADES DE LAS PARTES
EN CUANTO A LOS DERECHOS QUE TIENEN
EN RELACIÓN CON LA PRUEBA

La resignificación de la función del proceso, de los principios que confluyen en la función jurisdiccional y especialmente del debido proceso probatorio conllevan una variación profunda de las responsabilidades de las partes, que antes estaba solamente signada por una “carga procesal” o principio de autorresponsabilidad, la cual por sí misma no constituía amenaza de sanción.

El principio de autorresponsabilidad o principio de carga de la prueba tiene su génesis en el sistema dispositivo, a partir de las tendencias que surgen a finales del siglo XIX con la Revolución francesa.

En el derecho colombiano, la institución de la carga de la prueba o autorresponsabilidad se consagra a partir de dos normas: el artículo 1757⁸³⁷ del Código Civil, que afirma que “incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta”, y el artículo 177⁸³⁸ del Código de Procedimiento Civil, que reitera: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

El principio de autorresponsabilidad se explica desde la teoría de la confirmación procesal, que estudia la estrecha relación que existe entre los hechos y la prueba, y aproxima una delimitación del *thema decidendum* en relación con las responsabilidades que surgen para cada uno de los sujetos procesales”⁸³⁹.

Un análisis holístico da cuenta de las relaciones inescindibles entre el principio de autorresponsabilidad, la pretensión jurídica y la carga de la prueba.

En la pretensión jurídica se pueden encontrar algunos beneficios, como son: ordenar la discusión en el proceso, establecer unas “reglas de cierre” a la discusión por los derechos, aportar a la igualdad material de las partes al señalar los mismos parámetros de discusión para todos, y fortalecer el derecho a influir en el éxito del proceso.

La pretensión jurídica está al servicio de la corrección en el proceso, sienta las bases para la aplicación del principio de legalidad y crea un espacio el principio de publicidad. Debe estudiarse, por tanto, como una herramienta al servicio de la función jurisdiccional. Por ello la participación del juez en la estructura de la pretensión está directamente relacionada con los poderes materiales. El juez tiene a su cargo la dirección, el estudio y el desarrollo del litigio expuesto en la pretensión.

En las diversas correlaciones que surgen entre los hechos, la prueba y el derecho, el juez tiene poderes de dirección y hace uso de los poderes de oficio que le atribuye la ley para maximizar los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

Las pruebas se someten a unas reglas de distribución, las cuales se estudian por la doctrina como la carga de la prueba. Las cargas tienen dos perspectivas⁸⁴⁰: la dimensión formal, denominada también “carga estática”, y la dimensión material o “regla de juicio”. Colateralmente surgen las denominadas “cargas dinámicas”, que responden a diversas variables.

La carga estática de la prueba, en su dimensión material, es un ejercicio facultativo que se desprende del tradicional sistema dispositivo⁸⁴¹ y que en el derecho contemporáneo se denominan

⁸³⁷ Código Civil colombiano, art. 1757.

⁸³⁸ Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 177.

⁸³⁹ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 250.

⁸⁴⁰ Ibid., p. 27.

⁸⁴¹ MEDINA. *El mito de la carga de la prueba*, cit., p. 523.

reglas de aportación de parte⁸⁴², o reglas de autorresponsabilidad.

Esta facultad es conferida por la ley a las partes⁸⁴³, en desarrollo de los principios de derecho a la prueba y defensa, para que inserten legítimamente en el proceso todos los medios probatorios que consideren pertinentes para la confirmación de los hechos. Las cargas probatorias hacen parte de las oportunidades legales⁸⁴⁴ que las partes tienen para adquirir una posición que les permita influir en el resultado exitoso de sus peticiones.

A diferencia del caso anterior, la dimensión material de la carga de la prueba corresponde con el ejercicio obligatorio de la jurisdicción, como función pública, para evitar decisiones “*non liquet*”⁸⁴⁵. También se relaciona con la regla de juicio⁸⁴⁶ que el juez elabora para determinar la responsabilidad de las falencias probatorias, que afecten su convencimiento.

Por último, se enuncian las cargas dinámicas, lo cual equivale a inversión de las reglas estáticas para la distribución de las cargas probatorias⁸⁴⁷.

Las reglas de inversión son reglas correctivas sobre el tema objeto de prueba⁸⁴⁸, que permiten una distribución diferente de la regla general. En este sentido, se encuentran tres formas de inversión: inversión de orden legal, que puede ser directa o indirecta, inversión convencional, e inversión judicial.

La inversión de orden legal directa⁸⁴⁹ se presenta cuando el ordenamiento jurídico establece reglas de distribución diferentes o por excepción a la regla general. La inversión de orden legal indirecta⁸⁵⁰ se da por varias manifestaciones del legislador, entre ellas: los indicios, las presunciones y las reglas de la experiencia positivizadas.

La inversión judicial se presenta cuando la distribución de las cargas probatorias es modificada por el juez. El juez utiliza sus poderes para cambiar las reglas sobre carga de la prueba, excepcionando su aplicación para un caso específico y generalmente fundado en motivos de equidad o de justicia material⁸⁵¹.

No se encuentra sustento en el ordenamiento jurídico para esta variación de las reglas, caso por caso. Frente a casos extremos, el juez tiene a su disposición todos los poderes de dirección y de instrucción. Además, puede utilizar las inversiones de prueba ya formuladas por el legislador mediante indicios y presunciones de conducta. Desaplicar la norma para un solo caso específico que al juez le parece justo, se convierte en una suplantación ilegítima del legislador, por violación de los principios y garantías constitucionales.

Toda esta estructura garantista exige nuevas responsabilidades a las partes. Deberes y obligaciones constitucionales⁸⁵² tales como respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y defender y difundir los derechos humanos se compaginan con el deber constitucional y legal de

⁸⁴² Al respecto: PICÓ. *Los poderes del juez*, cit., p. 32; FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 26; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 250.

⁸⁴³ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 27. ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 27.

⁸⁴⁴ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 37-38.

⁸⁴⁵ Al respecto: FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 26; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 27.

⁸⁴⁶ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 26.

⁸⁴⁷ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 118. ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 118-119.

⁸⁴⁸ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 123.

⁸⁴⁹ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 133.

⁸⁵⁰ FERNÁNDEZ. *La carga de la prueba*, cit., p. 127; ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., p. 133.

⁸⁵¹ ABEL. *Iniciativa probatoria*, cit., pp. 142-145.

⁸⁵² Constitución Política de Colombia, art. 95.

hacer buen uso de la función jurisdiccional.

La Corte ha sido enfática en indicar que la corrupción es un fenómeno muy propio de nuestro país, por ello es determinante que la ley exija en el proceso unas conductas cualificadas, que se convierten en deberes constitucionales para los sujetos procesales. Pero estas conductas deben insertarse legítimamente en el proceso mediante la construcción de un indicio en contra o de una presunción, tal como lo indica el legislador en las reglas de variación de prueba.

Por ello la Corte afirma: “Debemos tener en cuenta que la moral social no es un recurso criminalizante, son fenómenos normativos que no permiten mezclas aunque sí podamos en unas circunstancias determinadas expresamente por el legislador valorar la conducta de las partes, como un acto procesal que tiene consecuencias jurídicas”⁸⁵³.

RECOMENDACIÓN

La complejidad en la enunciación del derecho respalda la importancia del proceso dialógico mediante el cual se fundamentan las inferencias. Porque, como expone WRÓBLESKY⁸⁵⁴, “la lengua jurídica es la lengua del discurso de la práctica de la aplicación judicial del derecho. El análisis semántico de esta lengua muestra que es mixta: es una meta-lengua de la lengua del derecho, es la lengua normativa de las decisiones de justicia en la que se formulan las normas individuales; es también la lengua descriptiva y valorativa en la que se constata la existencia de los hechos, y a veces, se formula su valoración”.

En este sentido, el principio de publicidad fortalece la concepción del proceso dialógico, como una estructura para discernir conflictos en un contexto de relaciones de autoridad y libertad⁸⁵⁵. Las relaciones de autoridad se evidencian en la función del juez y los poderes de dirección e instrucción que buscan el cumplimiento de las finalidades públicas. Surge en consecuencia para el juez la obligación de motivar y argumentar las decisiones, como elementos “para el control externo y como evidencia de la racionalidad”⁸⁵⁶.

Las relaciones de libertad corresponden al respeto de los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales que tienen las partes. En el derecho procesal contemporáneo que surge de los principios constitucionales están proscritos los soliloquios⁸⁵⁷.

Es por ello por lo que la legitimidad social del proceso parece más sustentable con un juez que, más que Hércules⁸⁵⁸, sea un Hermes⁸⁵⁹, el dios más amistoso con los hombres, una figura mitológica que puede ser adaptada a las funciones contemporáneas del juez, como director del proceso; el juez Hermes⁸⁶⁰, como un gran comunicador, tiene en efecto las cualidades de apertura que requiere el proceso en una perspectiva dialógica.

El verdadero objeto del proceso jurisdiccional, retomando a TROCKER⁸⁶¹, es la participación, mediante la cual se llega a la garantía de la defensa no como oposición o resistencia de la acción,

⁸⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-1512/00 de 2000, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁸⁵⁴ WRÓBLESKY. *Sentido y hecho*, cit., p. 153.

⁸⁵⁵ COMOGLIO. *La garanzia costituzionale*, cit., p. 155.

⁸⁵⁶ TARUFFO. *Sobre las fronteras*, cit., p. 195.

⁸⁵⁷ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 644.

⁸⁵⁸ DWORKIN. *Los derechos en serio*, cit.

⁸⁵⁹ GONZÁLEZ. *La hermenéutica*, cit., p. 18.

⁸⁶⁰ *Ibíd.*, p. 19.

⁸⁶¹ TROCKER. *Processo civile*, cit., p. 371.

sino como influencia. De esta forma, la participación significa tener el derecho o la posibilidad de incidir activamente en el desarrollo y el éxito del juicio.

De todo esto resulta otro cambio de paradigma en el proceso: el proceso dialógico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL, ALEJANDRO. *Derecho procesal*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- ABEL, XAVIER. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2005.
- AGUDELO, MARTÍN. *El proceso jurisdiccional*, Medellín, Señal Editora, 2001.
- AGUDELO, MARTÍN. *Filosofía del derecho procesal*, Bogotá, Leyer, 2003.
- ALVARADO, ADOLFO. *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004.
- ALSINA, HUGO. *Fundamentos de derecho procesal*, Bogotá, Jurídica Universitaria, 2001.
- ARJONA, CÉSAR. *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Madrid, Iustel, 2006.
- ATIENZA, MANUEL. *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996,
- AZULA, JAIME. *Manual de derecho procesal civil*, Bogotá, Temis, 1993.
- AZULA, JAIME. *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Temis, 1998.
- BERNAL, CARLOS. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- BERNAL, CARLOS. "El derecho fundamental al debido proceso", en *Investigación procesal*, Medellín, Señal Editora, 2004.
- BLANCO, JOSÉ LUIS. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema del positivismo jurídico*, 7.^a ed., México, Fontamara, 2001.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*, Buenos Aires, Arayú, 1947.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Trattato del processo civile*, Nápoles, Morano, 1958.
- CARRERA, GERMÁN. *El culto a Bolívar*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1987.
- CASCAJO, JOSÉ y GARCÍA, MANUEL. *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 1994.
- COMOGLIO, LUIGI. *Riforma processuale e poteri di giudice*, Turín, Giappichelli, 1996.
- COMOGLIO, LUIGI. *La garanzia costituzionale dell'azione dd il processo civile*, Padua, Cedam, 1970.
- DAMASKA, MIRJAN. *I volti della giustizia e del potere*, Bolonia, Il Mulino, 2005.
- DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 2004.

- DENTI, VITTORIO. "Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Milán, Giuffrè, 1984.
- DENTI, VITTORIO. "Valori costituzionali e cultura processuale" en *Revista Diritto Processuale*, Padua, Cedam, 1984.
- DE MAGLIE, CRISTINA. "Multiculturalismo e diritto penale", en *Qué tan alternativas son las justicias alternativas*, Medellín, Universidad de Medellín, 2007.
- DE SOUSA, BOAVENTURA y MAURICIO GARCÍA. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Temis, 2002.
- Diccionario de la lengua española*, Espasa, 2001.
- Diccionario Cuyás italiano-español*, 2000.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ECHEVERRÍA, JAVIER. *Introducción a la metodología de la ciencia, la filosofía de la ciencia en el siglo XX*, Barcelona, Barcanova, 1989.
- EZQUIAGA, FRANCISCO DE. "Iura novit curia" y de la aplicación judicial del derecho, Bogotá, Lex Nova, 2000.
- FERNÁNDEZ, MERCEDES. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, LUIGI. "El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- GARCÍA, JUAN ANTONIO. *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003.
- GARCÍA, JUAN ANTONIO. Conferencia presentada en la Universidad Autónoma del Caribe (Barranquilla) el 16 de noviembre de 2007, en el marco del III Conversatorio Internacional de Derecho Procesal - Retos de la Justicia Oral en Colombia.
- GARCÍA, JUAN. "El juicio de ponderación y sus partes, crítica de su escasa relevancia", en *Justicia constitucional*, Bogotá, Legis, 2006.
- GARCÍA, JUAN. *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- GARCÍA, JUAN. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en *Revista Berbiquí*, vol. 30, Medellín, 2005.
- GEOFFREY, HAZARD y MICHELE TARUFFO. *La justicia civil en los Estados Unidos*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- GIRALDO, FABIO. "El ideario del constitucionalismo", en *Historia de las ideologías políticas*, Medellín, Universidad EAFIT, 2008.
- GÓMEZ, JOSÉ. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994.
- GONZÁLEZ, ELVIA. *La hermenéutica*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005.

- GROOT, JOSÉ MANUEL. *Historia eclesiástica y civil de la Nueva Granada*, Bogotá, M. Rivas, 1893.
- GUASP, JAIME. *La pretensión procesal*, Madrid, Civitas, 1981.
- GUASP, JAIME. *Derecho procesal civil*, 4.^a ed., Madrid, Civitas, 1998.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2001.
- KELSEN, HANS. *¿Qué es la justicia?*, 3.^a ed., México, Fontamara, 2001,
- LACHINA, SERGIO. "Giusto processo, laboriosa utopia", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, Cedam, 2005.
- LACROIX, LUIS. *Diario de Bucaramanga*, París, Librería de P. Ollendorf, 1912.
- LESSONA, CARLOS. "Teoría de las pruebas en derecho civil", en *Clásicos del derecho probatorio*, vol. 2, traducción de ENRIQUE AGUILERA DE PAZ, México, Jurídica Universitaria, 2001.
- LONDOÑO, MABEL; DIANA RAMÍREZ y ALBA MUÑOZ. *Sobre la conducta de las partes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2008.
- LONDOÑO, JORGE. "El aporte del código napoleónico a la Constitución de 1991", en *Código napoleónico 200 años*, Tunja, Uniboyacá, 2006.
- LÓPEZ, DIEGO. *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Bogotá, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2004.
- LÓPEZ, DIEGO. *El derecho de los jueces*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2006.
- LÓPEZ, ANDRÉS. "José María Córdova en la tradición historiográfica colombiana. La imagen del héroe y la invención del mito", en *Historia y Sociedad*, Medellín, Universidad Nacional, 1999.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Bogotá, ABC, 1993.
- MADARIAGA, LUIS. "El derecho procesal entre dos ideologías (garantismo vs publicismo): problemas y perspectivas de desarrollo", en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*, Lima, Antares, 2007.
- MARENGO, ROBERTO. *La discrezionalità del giudice civile*, Turín, Giappichelli, 1996.
- MEDINA, CARLOS. "El mito de la carga de la prueba frente al Estado social de derecho", en *La prueba, homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002.
- MEROI, ANDREA. "Iura novit curia y decisión imparcial", en revista *Polémica Procesal*, n.º 6, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Antioquia, Medellín, 2008.
- MONSALVE, JOSÉ. *Estudios sobre el Libertador*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1930.
- MORENO, LUIS. "La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana", en *Justicia constitucional*, Bogotá, Legis, 2006.
- MUÑOZ, ALBA. "Investigación jurídica y sus retos en el siglo XXI", en revista *Temas Procesales*, Medellín, Leyer, 2004.
- MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Bogotá, Temis, 1997.

NANCLARES, ANDRÉS. *Los jueces de mármol*, 2.^a ed., Medellín, Señal Editora, 2004.

NIETO, ALEJANDRO. *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005.

NIETO, ALEJANDRO. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

NIETO, ALEJANDRO y TOMÁS FERNÁNDEZ. *El derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 2001.

NÚÑEZ, ROBERTO. “Poder político, Constitución y Estado” en *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

OCAMPO, JAVIER. *El proceso ideológico de la emancipación en Colombia*, Bogotá, Planeta, 1999.

ORTIZ, RAFAEL. *Teoría general del proceso*, Caracas, Frónesis, 2004.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Derecho procesal civil. Parte especial*, tomo II, Bogotá, Librería del Profesional, 1997.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de derecho probatorio*, 11.^a edición Bogotá, Librería del Profesional, 2000.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004.

PICÓ, JOAN y XAVIER ABEL. *Los poderes del juez en materia probatoria*, Barcelona, Bosch, 2003.

PICÓ, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.

PIZZORUSSO, ALESSANDRO et ál. *Commentario della Costituzione. La magistratura*, tomo III, Bolonia, Zanichelli, 1992.

POSADA GUTIÉRREZ, JOAQUÍN. *Memorias histórico-políticas*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1929.

PRIETO, JUAN. “Tolerancia y memorias”, en *Problemas jurídicos y políticos*, Castilla, Cuenca, 1996.

QUINTERO, BEATRIZ y EUGENIO PRIETO. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 2000.

RAMÍREZ, DIANA y JOSÉ LUIS JIMÉNEZ. Investigación “El cuerpo humano como evidencia probatoria”, Grupo de investigaciones en Derecho procesal, Universidad de Medellín, 2005.

RAMIREZ, DIANA. “Tras la ruta del indicio”, en *Investigación procesal*, Medellín, Señal Editora, 2005.

RAMIREZ, DIANA. “Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional”, en *Controversia procesal*, Medellín, Jurídica Sánchez, 2006.

RESTREPO, JOSÉ MANUEL. *Historia de la revolución de la República de Colombia*, París, Librería Americana, 1827.

RICO, ALONSO. *Teoría General del Proceso*, Medellín, Comlibros, 2006.

ROJAS, MIGUEL. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

SÁCHICA, LUIS CARLOS. *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1996.

SANÍN, RICARDO. *Historia de la teoría política moderna*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002.

SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, EJE, 1978.

SCHÖNKE, ADOLFO. *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1950.

SILVA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

SUZUKI, DAVID y PETER KNUDTSON. *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, traducción de JOSÉ MARTÍN y MAGDA VICEDO, Madrid, Tecnos, 1991.

TARUFFO, MICHELE. *Sobre las fronteras*, Bogotá, Temis, 2006.

TARUFFO, MICHELE. "La prueba, la verdad y la decisión judicial", en *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005.

TARUFFO, MICHELE. "Onere della prova", en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, XIII, Padua, Cedam, 1979.

TARUFFO, MICHELE. "La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?", en *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996.

TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.

TARUFFO, MICHELE; LUIGI COMOGLIO y CORRADO FERRI. *Lezioni sul processo civile*, Bolonia, Il Mulino, 2005.

TARUFFO, MICHELE. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", en *Controversia procesal*, Medellín, Jurídica Sánchez, 2006.

TROCKER, NICOLÓ. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milán, Giuffrè, 1974.

USECHE, LUIS ENRIQUE. *El sistema político y constitucional del Estado contemporáneo*, San Cristóbal, Litoformas, 2002.

VELLOSO, ADOLFO. *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004.

VÉSCOVI, ENRIQUE. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1999.

WRÓBLESKY, JERZY. *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, 1989.

WROBLESKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de ARANTXA AZURZA, Madrid, Civitas, 1985.

ZULETA, ESTANISLAO. "Acerca de la ideología", en *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, 5.^a ed., Cali, Fundación Estanislao Zuleta, 2001.

PROVIDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-406/92 del 17 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

Sentencia T-531/92 del 23 de septiembre de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia C-543/92 del 1.º de octubre de 1992, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-070/93 del 25 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia T-079/93 del 26 de febrero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia C-104/93 del 11 de marzo de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-113/93 del 25 de marzo de 1993, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-131/93 del 1.º de abril de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia T-158/93 del 26 de abril de 1993, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia T-173/93 del 4 de mayo de 1993, MM. PP.: HERNANDO HERRERA VERGARA y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia T-191/93 del 12 de mayo de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia C-295/93 del 29 de julio de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Sentencia C-390/93 del 16 de septiembre de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-486/93 del 28 de octubre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia C-540/93 del 24 de noviembre de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia T-172/94 del 11 de abril de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-224/94 del 5 de mayo de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia T-352/94 del 24 de mayo de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-416/94 del 22 de septiembre de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia T-442/94 del 11 de octubre de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia C-544/94 del 1.º de diciembre de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia T-123/95 del 21 de marzo de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia C-141/95 del 29 de marzo de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia C-140/95 del 29 de marzo de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-083/95 del 5 de mayo de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Sentencia T-336/95 del 31 de julio de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia T-416/95 del 20 de septiembre de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-540/95 del 23 de noviembre de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-019/96 del 23 de enero de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-037/96 del 5 de febrero de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-056/96 del 15 de febrero de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Auto 010/96 del 26 de marzo de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia T-133/96 del 28 de marzo de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Sentencia C-319/96 del 18 de julio de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-446/97 del 18 de febrero de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-220/97 del 29 de abril de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

Sentencia T-297/97 del 17 de junio de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia C-426/97 del 4 de septiembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia T-574/97 del 7 de noviembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia S-003/98 del 3 de febrero de 1998, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia C-023/98 del 11 de febrero de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-056/98 del 4 de marzo de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia T-100/98 del 24 de marzo de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-141/98 del 15 de abril de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia C-148/98 de abril 22 de 1998, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Sentencia T-476/98 del 8 de septiembre de 1998, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

Sentencia T-504/98 del 10 de septiembre de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia C-622/98 del 4 de noviembre de 1998, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

Sentencia SU 047/99 del 29 de enero de 1999, MM. PP.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-197/99 del 7 de abril de 1999, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia T-1012/99 del 10 de diciembre de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia C-037/00 del 26 de enero de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-365/00 del 29 de marzo de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-388/00 del 5 de abril de 2000, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia T-439/00 del 14 de abril de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia SU 846/00 del 6 de julio de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia C-927/00 del 12 de julio de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia T-1072/00 del 17 de agosto de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-1270/00 del 20 de septiembre de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia C-1512/00 del 8 de noviembre de 2000, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia T-025/01 del 18 de enero de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Sentencia C-095/01 del 31 de enero de 2001, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-243/01 del 27 de febrero de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Sentencia T-522/01 del 18 de mayo de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia C-836/01 del 9 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Sentencia C-1026/01 del 26 de septiembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Sentencia C-1104/01 del 24 de octubre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Sentencia C-422/02 del 28 de mayo de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia C-736/02 del 10 de septiembre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia C-807/02 del 3 de octubre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia C-830/02 del 8 de octubre de 2002, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia T-1123/02 del 12 de diciembre de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia T-189/03 del 5 de marzo de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia T-382/03 del 9 de mayo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Sentencia C-874/03 del 30 de septiembre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia T-919/03 del 9 de octubre de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia T-950/03 del 16 de octubre de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Sentencia C-122/04 del 17 de febrero de 2004, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia C-886/04 del 14 de septiembre de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia T-954/04 del 7 de octubre de 2004, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia T-056/05 del 31 de enero de 2005, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia C-102/05 del 8 de febrero de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia C-202/05 del 8 de marzo de 2005, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia T-289/05 del 31 de marzo de 2005, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia C-669/05 del 28 de junio de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia C-880/05 del 23 de agosto de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Sentencia T-435/06 del 5 de diciembre de 2005, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.

Sentencia T-549/06 del 13 de julio de 2006, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.

Sentencia C-790/06 del 20 de septiembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia C-159/07 del 7 de marzo de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA al Auto 078A de 1999.

PROVIDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia S-026/95 del 27 de febrero de 1995, exp. 4365, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

Sentencia S-082/95 del 3 de agosto de 1995, exp. 4743, M. P.: HÉCTOR MARÍN NARANJO.

Sentencia S-097/95 del 22 de agosto de 1995, exp. 4543, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia S-101/95 del 28 de agosto de 1995, exp. 4127, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia S-102/95 del 31 de agosto de 1995, exp. 4507, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia S-157/98 del 29 de noviembre de 1995, exp. 5297, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia C-277/95 del 30 de enero de 1996, exp. 2775, M. P.: JAVIER TAMAYO JARAMILLO.

Sentencia S-008/96 del 8 de febrero de 1996, exp. 4380, M. P.: JAVIER TAMAYO JARAMILLO.

Sentencia S-013/96 del 29 de febrero de 1996, exp. 3626, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia C-297/96 del 6 de mayo de 1996, exp. 2979, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

Sentencia S-034/96 del 30 de mayo de 1996, exp. 4689, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

Sentencia S-043/96 del 24 de junio de 1996, exp. 4424, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-051/96 del 30 de julio de 1996, exp. 4514, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-063/96 del 12 de septiembre de 1996, exp. 5739, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia S-002/97 del 10 de marzo de 1997, exp. 4331, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

Sentencia S-022/97 del 17 de junio de 1997, exp. 4781, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

Sentencia S-023/97 del 20 de junio de 1997, exp. 4729, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

Sentencia C-439/97 del 22 de septiembre de 1997, exp. 4399, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia S-065/97 del 22 de octubre de 1997, exp. 4977, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia S-001/98 del 14 de enero de 1998, exp. 5826, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-012/98 del 4 de marzo de 1998, exp. 4921, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

Sentencia S-039/98 del 22 de mayo de 1998, exp. 4996, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

Sentencia S-041/98 del 2 de junio de 1998, exp. 5029, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia S-059/98 del 27 de julio de 1998, exp. 5871, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

Sentencia S-085/98 del 29 de septiembre de 1998, exp. 5191, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia S-092/98 del 4 de noviembre de 1998, exp. 5201, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sentencia S-001/99 del 19 de febrero de 1999, exp. 5099, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

Sentencia S-088/99 del 11 de noviembre de 1999, exp. 6168, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

Sentencia S-101/99 del 24 de noviembre de 1999, exp. 5339, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Sentencia S-123/99 del 10 de diciembre de 1999, exp. 5320, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia S-014/00 del 18 de febrero de 2000, exp. 5179, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-153/00 del 4 de septiembre de 2000, exp. 5420, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-180/00 del 29 de septiembre de 2000, exp. 5609, M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia S-211/00 del 7 de noviembre de 2000, exp. 5606, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

Sentencia S-001/01 del 30 de enero de 2001, exp. 5507, M.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-082/01 del 8 de mayo de 2001, exp. 5692, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-097/01 del 24 de mayo de 2001, exp. 6579, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

Sentencia S-100/01 del 25 de mayo de 2001, exp. 6433, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

Sentencia S-080/02 del 7 de mayo de 2002, exp. 6181, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Sentencia S-090/02 de mayo 21 de 2002, exp. 7328, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Sentencia S-110/02 del 6 de junio de 2002, exp. 6883, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

Sentencia S-189/02 del 30 de septiembre de 2002, exp. 7572, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Sentencia S-228/02 del 13 de diciembre de 2002, exp. 6893, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia S-101/03 del 22 de septiembre de 2003, exp. 7877, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Sentencia S-071/04 del 29 de julio de 2004, exp. 7306, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Sentencia S-077/04 del 6 de agosto de 2004, exp. 11001-0203-000-2001-0190-01, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

Sentencia S-099/04 del 14 de septiembre de 2004, exp. 8088, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia S-147/04 del 1.º de octubre de 2004, exp. 7560, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia S-175/04 del 26 de octubre de 2004, exp. 050013110001-2000-13581-02, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

Auto A-010/2005 del 14 de enero de 2005, exp. 05001-31-03-014-2000-0259-01, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia SC-004/05 del 14 de enero de 2005, exp. 7550, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Sentencia SC-008/05 del 14 de enero de 2005, exp. 25899 3184 001 1997 5673, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia SC-010/05 del 19 de enero de 2005, exp. 7854, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia CSJ SCC-2287/05 del 26 de enero de 2005, exp. 7854, M. P.: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ.

Sentencia SC-080/05 del 6 de mayo de 2005, exp. 760013103010-1996-6503-01, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

Sentencia SC-121/05 del 9 de junio de 2005, exp. 1995-9457-01, M. P.: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ.

Sentencia SC-136/05 del 28 de junio de 2005, exp. 7901, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sentencia SC-157/05 del 6 de julio de 2005, exp. 00791-01, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Sentencia SC-207/05 del 11 de agosto de 2005, exp. 7367, M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

Sentencia SC-070/06 del 6 de junio de 2006, exp. 1100131030101998-17323-01, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Sentencia CSJ SCC-2097/06 del 17 de julio de 2006, exp. 44001-31-03-001-1995-02097-01, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Sentencia CSJ SCC-00055/07 del 9 de julio de 2007, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902, M. P.: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.

Sentencia del 14 de febrero de 1992, exp. 6477, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6857, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sentencia del 30 de julio de 1993, exp. 8025, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. 12.655, M. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sentencia del 22 de marzo de 2001, exp. 13.284, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sentencia del 14 de junio de 2001, exp. 11.901, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 12.506, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sentencia del 21 de febrero de 2002, exp. 12.818, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sentencia del 10 de junio de 2004, exp. 25.416, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sentencia del 11 de julio de 2004, exp. 14.696, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14.786, M. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sentencia del 13 de julio de 2005, exp. 13.542, M. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14.400, M. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Constitución Política de Colombia

Constitución y Tribunal Constitucional de España

Código Civil colombiano

Código de Procedimiento Penal colombiano

Decreto-Ley 2282 de 1989

Decreto 2737 de 1989

Decreto 2651 de 1991

Ley 169 de 1896

Ley 153 de 1887

Ley 45 de 1990

Ley 23.313 de 1986

Ley 794 de 2003

Ley 820 de 2003

Ley 706 de 2006

Ley 906 de 2007

BASES DE DATOS Y PÁGINAS DE INTERNET

CHARLIONI, SERGIO. “Sulla riforma nel processo” [www.associazionemagistrati.it] (consulta en diciembre de 2006).

DAMASKA, MIRJAN. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, en *Reformas a la justicia penal en las*

Américas, Washington, D. C. [www.dplf.org/Fundación] (consultado en julio de 2007).

RUIZ, MARIO. *El mito de la justicia: entre dioses y humanos*, en [www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf] (consultado el 6 de junio de 2008)

[www.lexbase.com.co]

[www.ligiscomex.com]

[www.ramajudicial.gov.co]